Gierkes Kritik an der gewillkürten und gesetzlichen Erbfolge des Entwurfs im Lichte der seitherigen Rechtsentwicklung und der nationalsozialistischen Rechtserneuerung.

Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Bruno Spiller

Breslau 1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Thieme.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Dem Andenken meiner Eltern.
Meinem Stiefvater in Dankbarkeit!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite:
Einleitung	§ 1	1
I. Gierkes Kritik an der gewillkürten und gesetzlichen Erbfolge des Entwurfs erster Lesung.		
Allgemeines über das Erbrecht des Entwurfs	§ 2	2
Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften	§ 3	4
Zweiter Abschnitt. Die letztwillige Verfügung		
1. Allgemeine Vorschriften	§ 4	4
2. Einsetzung eines Nacherben	§ 5	5
3. Vermächtnis	§ 6	7
4. Auflage	§ 7	9
5. Testamentsvollstrecker	§ 8	10
6. Errichtung letztwilliger Verfügungen	§ 9	11
Dritter Abschnitt. Verfügung von Todes wegen durch Vertrag	§ 10	12
Vierter Abschnitt. Gesetzliche Erbfolge		
1. Gesetzliche Erben	§ 11	13
2. Pflichtteil	§ 12	18
II. Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs.		
Allgemeiner Charakter des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs	§ 13	24
Erster Abschnitt. Erbfolge	§ 14	25
Zweiter Abschnitt. Testament		
1. Allgemeine Vorschriften	§ 15	29
2. Einsetzung eines Nacherben	§ 16	32
3. Vermächtnis	§ 17	35
4. Auflage	§ 18	37
5. Testamentsvollstrecker	§ 19	39
6. Errichtung eines Testaments	§ 20	41
7. Gemeinschaftliches Testament	§ 21	47
Dritter Abschnitt. Erbvertrag	§ 22	49
Vierter Abschnitt. Pflichtteil	§ 23	52
III. Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge eines nationalsozialistischen Erbrechts.		
Allgemeiner Charakter eines nationalsozialistischen Erbrechts	§ 24	59
Erster Abschnitt. Erbfolge	§ 25	60
Zweiter Abschnitt. Verfügung von Todes wegen	§ 26	76
Dritter Abschnitt. Pflichtteil	§ 27	86
Schluß	§ 28	92

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0006

Einleitung.

§ 1.

In der Flut der Äußerungen aller Art, Kritiken und Verbesserungsvorschläge, die nach der Veröffentlichung des Entwurfs erschienen, steht Otto Gierkes Abhandlung „Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht" an umfassender Bedeutung voran.

Mit dieser erstmalig im Jahre 1888 in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc. erschienenen Kritik machte sich Gierke zum Wortführer der Bewegung, bei der der Entwurf auf den stärksten Widerstand stieß. Ihm vor allem hat es das deutsche Volk daher zu danken, daß der durch und durch romanistische erste Entwurf nicht Gesetz geworden ist, daß man sich vielmehr zur Ausarbeitung eines zweiten Entwurfs entschloß.

Aber auch dieser zweite Entwurf hat nicht Gierkes Anerkennung zu erlangen vermocht. Neben Dernburg blieb Gierke der einzige Jurist mit Namen, der auch diesen Entwurf nicht für würdig hielt, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich zu werden[1]). So sehr auch er die mit der Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gewonnene Rechtseinheit begrüßte, so leidenschaftlich wandte er sich dagegen, daß sie auch dieser Entwurf auf Kosten des nationalen Rechts erkaufen wollte. Er erkannte wie kein anderer, daß ein Gesetzbuch, das so wenige deutsche Rechtsgedanken aufgenommen hat, nicht von Bestand sein kann.

Die Entwicklung hat ihm Recht gegeben. Nach rund 30 Jahren Geltungsdauer wird die nationalsozialistische Rechtserneuerung auch an dieses Gesetz herangetragen, weil es, wie schon Gierke richtig erkannt hat, in vielen Teilen artfremdes und nicht deutsches Recht enthält.

Will man nun untersuchen, inwieweit Gierkes Forderungen hinsichtlich der gesetzlichen und gewillkürten Erbfolge im Bürgerlichen Gesetzbuch verwirklicht und inwieweit sie für die heutige Rechtserneuerung zu verwerten sind, so ist zunächst eine Darstellung der Gierke'schen Gedanken und Anschauungen unerläßlich.

Diese Darstellung zu geben, soll die Aufgabe des folgenden Abschnitts sein.

---

1) Vgl. demgegenüber Sohm a. a. O., S. 738, für den es keinem Zweifel unterliegt, daß der zweite Entwurf würdig ist, „Gesetz und Grundlage der kommenden deutschen Rechtsentwicklung zu sein", und Schröder a. a. O., S. IX, der von einem „köstlichen nationalen Gut" spricht, das „der Neujahrstag des Jahres 1900" dem deutschen Volke gebracht habe.

I. Gierkes Kritik an der gewillkürten und gesetzlichen Erbfolge des Entwurfs erster Lesung[1]).

Allgemeines über das Erbrecht des Entwurfs[2]).

§ 2.

Gierke beginnt seine Kritik am Erbrecht des ersten Entwurfs mit einigen Ausführungen allgemeiner Art über diese Materie.

Einleitend hebt er zwar anerkennend hervor, daß sich das fünfte Buch äußerlich zum Teil von den vorangehenden Büchern dadurch unterscheide, daß es eine einfachere und gemeinverständlichere Sprache rede, kommt aber andererseits zu dem Ergebnis, daß sich der Gesetzgeber gerade in diesem Buch in besonders auffallender Weise zu einem ins Lehrhafte fallenden Ton habe verleiten lassen.

Seinem Inhalt nach sei das Erbrecht des Entwurfs im wesentlichen nichts anderes, als modernisiertes, vereinfachtes Pandektenrecht. Deutschrechtliche Rechtssätze und Institute hätten nur insoweit Aufnahme gefunden, als sie mit diesem romanistischen Gedankenbau in Einklang zu bringen seien, seien aber dann zum Zwecke dieser Aufnahme stark beschnitten worden.

Gierke kritisiert weiter die rein individualistische Grundlage des Erbrechts. Nirgends trete sein soziales Wesen in Erscheinung. Im Entwurf sei maßgebend die Auffassung, welche das Erbrecht aus dem über den Tod hinaus wirkenden Willen des Einzelnen herleite, mithin die Bestimmung des Erbgangs durch letztwillige Verfügung in den Vordergrund rücke und die Familienerbfolge auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers gründe. Deshalb stehe auch im Gegensatz zum französischen und sächsischen Gesetzbuch die aus Testament oder Erbvertrag hergeleitete Erbfolge äußerlich vor der gesetzlichen Erbfolge. Wenn in den Motiven[3]) die Ansicht vertreten werde, es sei ohne Belang, in welcher Reihenfolge der Entwurf die Vorschriften über Verfügung von Todes wegen und gesetzliche Erbfolge enthalte, so frage man sich doch, warum nicht der Entwurf eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs die Wahl zugunsten der dem deutschen, sondern zugunsten der dem römischen Rechtsbewußtsein entsprechenden Reihenfolge getroffen habe. In Wirklichkeit aber, so meint Gierke, seien solche Äußerlichkeiten keineswegs ohne Belang. Vor allem entspreche es nicht der Wahrheit, wenn die Motive weiter behaupteten, der Ent-

1) Zugrunde gelegt ist hier die im Jahre 1889 erschienene veränderte und vermehrte Ausgabe der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc. erschienenen Abhandlung.

2) S. 505—508.

3) M. V, S. 2.

wurf habe dem einen oder anderen Delationsgrund einen grundsätzlichen Vorzug nicht gegeben. Der Entwurf habe zwar, und hierauf werde scheinbar die Behauptung der Motive gestützt, den Grundsatz des römischen Rechts „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" nicht aufgenommen. Für uns indes entbehre auch der Satz, daß die gesetzliche Erbfolge auch in Ansehung desjenigen Vermögensteiles, über den gar keine Verfügung getroffen sei, durch ein Testament ausgeschlossen sein solle, so vollständig jeder Daseinsberechtigung, daß an seine Aufnahme im Ernst nicht gedacht werden konnte. Im übrigen aber bezeichne der § 1751 Abs. 2[4]) ausdrücklich die gesetzliche Erbfolge als subsidiären, dagegen die Erbeinsetzung durch Verfügung von Todes wegen als prinzipalen Berufungsgrund. Die nationale Anschauung aber, die allein geeignet sei, dem Erbrecht eine Zukunft zu sichern, sei eine wesentlich andere. Als Urquell des Erbrechts erscheine unserer deutschen Auffassung der die Individuen einschließende und verknüpfende organische Zusammenhang der Geschlechterfolgen, also vor allem das die einzelnen von Rechts wegen ergreifende und ihrer Willkür entzogene Familienband, so daß uns der nach der festen Ordnung der gegebenen personenrechtlichen Verhältnisse kraft gesetzlicher Regel verwirklichte Eintritt in die leer gewordene Stelle als normaler Typus gelte, während die dem Individuum eingeräumte Testierfreiheit nur als Mittel in Betracht komme, die starre Gesetzesregel der konkreten Sachlage anzupassen oder besonderer Umstände wegen durch eine geeignetere Anordnung zu ersetzen. Von diesem Standpunkt aus müsse der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge als Folge des Todes eines Menschen bestimmt und dann weiter im Gesetz angeordnet werden, in welchen Fällen und wie diese Regel durch Willenserklärungen abgeändert werden könne. Gierke verweist hierbei auf das eheliche Güterrecht des Entwurfs, bei dessen Feststellung man sich gehütet habe, als prinzipale Quelle des ehelichen Güterstandes den Ehevertrag voranzustellen. Im Erbrecht aber sei nach deutscher Auffassung die Sachlage die gleiche wie im ehelichen Güterrecht: Die gesetzliche Erbfolge sei nur in demselben Sinne „vermittelndes Recht" wie die gesetzliche Ordnung der Vermögensverhältnisse unter Ehegatten. Aus dieser von ihm vertretenen Auffassung ergebe sich weiter, daß die auf Grund des Gesetzes berufenen Erben schon von vornherein die „rechten Erben" seien und nicht erst durch das Fehlen einer Verfügung von Todes wegen zu „gesetzlichen Erben" würden; aufhören würden sie nicht, die „rechten Erben" zu sein, auch wenn sie der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen als Erben

4) „Wenn und soweit der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat oder die Erbeinsetzung unwirksam ist oder unwirksam wird, tritt die gesetzliche Erbfolge ein".

bestätige. „Rechte Erben" blieben sie selbst dann, wenn ein durch Erbeinsetzung bestimmter Erbe sie verdränge. Der Entwurf dagegen gehe von der gegenteiligen Auffassung aus und spreche von „gesetzlichen Erben" immer erst dann, wenn der Erblasser ab intestato gestorben sei. Dagegen glaube er die „gesetzlichen Erben", sobald sie nicht zur Erbfolge gelangen würden, auch nicht mehr „gesetzliche Erben" nennen zu dürfen.

Gierke schließt diese allgemeinen Ausführungen mit der Feststellung, daß der individualistische und romanistische Geist, der den ganzen Entwurf durchziehe, auch dessen Erbrecht nicht verschont habe.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften[5]).

§ 3.

Die allgemeinen Vorschriften, die der Entwurf im ersten Abschnitt (§§ 1749—1752) der Erbrechtsordnung voranstellt und die die Begriffsbestimmungen für Erbschaft, Erben, Erbfall und Erbfolge enthalten und neben der schon besprochenen Anordnung über das Verhältnis von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge weitere Bestimmungen allgemeiner Art bringen, könnten nach Gierkes Ansicht ohne Schaden fehlen.

Zweiter Abschnitt.

Die letztwillige Verfügung.

1. Allgemeine Vorschriften[6]).

§ 4.

„Romanistische Reminiszenzen" sind es nach Gierkes Ansicht, die den Entwurf veranlassen, im § 1759 die Erbfähigkeit jeder juristischen Person besonders hervorzuheben. Diese Vorschrift sei nicht nur überflüssig, sondern auch schädlich. Denn abgesehen davon, daß allen Verbandseinheiten, die der Entwurf nicht als juristische Personen betrachte, durch diese Bestimmung die Erbfähigkeit entzogen und damit so manche einer Verbandsperson zugedachte Zuwendung nichtig sein werde, stelle sie auch endlose Streitigkeiten über die Anwendbarkeit dieses Begriffes auf die durch Spezialgesetze geregelten Gesellschaften, Genossenschaften usw. in Aussicht.

Weiter findet Gierke, daß der Entwurf mit der Bestimmung des

5) S. 508.
6) S. 508—511.

§ 1760, nach der die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung bei einer letztwilligen Verfügung in demselben Umfange wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden für zulässig erklärt und diese auch denselben Vorschriften unterstellt wird, einem zum Teil nicht unbedenklichen Radikalismus folgt. Und zwar insofern danach, unter Wegfall des römischen Satzes „semel heres semper heres", auch auflösende Bedingungen und Endbefristungen wirksam seien, dagegen unsittliche und gesetzwidrige Bedingungen nicht als nicht geschrieben anzusehen seien, sondern die Verfügung nichtig machten.

Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung gewähre der Entwurf wegen Drohung, Betruges, Irrtums und wegen nicht erfüllter Voraussetzung; seien Pflichtteilsberechtigte übergangen worden oder Verfügungen zugunsten von Verlobten oder Ehegatten vorhanden, so stelle der Entwurf bestimmte Vermutungen für das Vorliegen eines Irrtums oder einer Voraussetzung auf. Geltend gemacht müsse das Anfechtungsrecht werden binnen einem Jahr nach erlangter Kenntnis oder binnen einem Zeitraum von 30 Jahren nach Verkündung der Verfügung und stehe nur den unmittelbar Benachteiligten zu. Den wirklichen Lebensverhältnissen nun widerspricht es nach Gierkes Ansicht, wenn die Anfechtung ausgeschlossen sein soll, nachdem der Erblasser nach Beseitigung der Zwangslage bezw. nach erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde, ohne an der Beseitigung der Verfügung verhindert zu sein, ein Jahr lang in Untätigkeit verharrt hat.

2. Einsetzung eines Nacherben[7]).

§ 5.

Die „fideikommissarische Substitution", die der Entwurf als „Einsetzung eines Nacherben" bezeichne, behandle er mit einer Ausführlichkeit, wie sie in diesem Umfange kaum erforderlich sei.

Nachdem der Entwurf für den Fall des Eintritts eines beliebig bestimmten künftigen Ereignisses oder von einem bestimmten Zeitpunkt an eine solche zulasse und im § 1809 vorschreibe, daß mangels einer anderen Bestimmung des Erblassers der Tod des Vorerben „als Fall der Nacherbfolge" gelten solle, stelle er abweichend von den in Deutschland überwiegend geltenden Rechten zwei Beschränkungen für die Nacherbfolge auf. Zunächst könne nämlich die Nacherbfolge nach dem Entwurf nur einmal eintreten, und sodann solle die Einsetzung eines Nacherben unwirksam werden, wenn der Vorerbe gestorben und ein Zeitraum von 30 Jahren seit dem Erbfall verstrichen sei, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten sei; wenn aber der Eintritt der Nacherbfolge an den

7) S. 511—515.

Tod des Vorerben geknüpft sei, dann solle der Ablauf der dreißigjährigen Frist nicht beachtet werden. Nicht möglich sei es also hiernach, den künftigen Nachkommen einer bestimmten Person ein Vermögen in der Weise zu sichern, „daß auch die beim Tode des Vorerben oder zu dem sonst gesetzten Zeitpunkt noch nicht vorhandenen Nachkommen succedieren." Die Motive[8]), so meint Gierke, scheinen zwar zugunsten einer solchen praktisch häufigen Anordnung eine Ausnahme an sich für angezeigt zu halten, würden jedoch eine Berücksichtigung dieser Fälle mit Rücksicht auf das überwiegende „volkswirtschaftliche Interesse" ablehnen. Nehme man ferner den Fall, daß der Erblasser ein noch kleines Mädchen für den Fall der Verheiratung oder einen Knaben für den gleichen Fall oder für den Fall der Erlangung einer bestimmten Lebensstellung zur Erbschaft berufe, so würde die unbillige Folge die sein, daß die Erbschaft dem Kinde entgehe, wenn es später als 30 Jahre nach dem Tode des Erblassers heirate oder das ihm sonst gesteckte Ziel erreiche und kurz vorher der Vorerbe gestorben sei. Weshalb eine andere Regel gelten solle, wenn der Vorerbe etwas länger lebe, sei nicht einzusehen.

Zu entscheiden habe der Entwurf vergessen, wie es sich verhalten solle, wenn eine juristische Person als Vorerbe eingesetzt sei. Nach der Regelung des § 1813 würde in diesem Falle noch nach einem Zeitraum von 30 Jahren die Nacherbfolge eintreten müssen. Dem Geiste des Entwurfs aber entspräche durch den Nichteintritt des Falles binnen 30 Jahren allein die bedingungslose Abschneidung der Nacherbfolge. Es bestehe hiernach also die Aussicht auf eine interessante Streitfrage, wobei dann deutlich die ganze unzulängliche Methode des Entwurfs zu Tage treten werde.

Überaus künstlicher Art sei der Aufbau des Rechtsverhältnisses des Vorerben gegenüber dem Nacherben, auf welches, obwohl der Vorerbe als Erbe Eigentümer sei, die Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung finden sollen (§ 1815). Er leide infolge der „kasuistischen Umdeutungen und Umbiegungen" einer Regelung, die für ein wesentlich verschiedenes Rechtsverhältnis gegeben sei, an Unsicherheiten und Widersprüchen. Zu einer einfacheren und sachgemäßeren Regelung würde dagegen der Entwurf nach Gierkes Auffassung gekommen sein, wenn er an Stelle einer nicht passenden Analogie den wirklichen Rechtszustand zugrunde gelegt und somit zum Ausgangspunkt ein durch ein Wartrecht beschränktes Eigentum an einem Vermögensganzen genommen hätte. Wäre der Entwurf so verfahren, dann hätte er freilich sein rein romanistisches Begriffsschema durchbrechen müssen.

---

8) M. V, S. 90.

3. Vermächtnis[9]).

§ 6.

In der Lehre vom Vermächtnis bringe der Entwurf im Gegensatz zum gemeinen, sächsischen, preußischen und französischen Recht als wichtigste Neuerung die Beseitigung jeder dinglichen Natur des Vermächtnisses. Da der Entwurf dem mit einem Vermächtnis Bedachten in allen Fällen nur einen obligatorischen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Erben gewähre, schaffe er das sogenannte Vindikationslegat ab, nach welchem, wenn bestimmte Nachlaßgegenstände vermacht seien, das vermachte Recht dem Bedachten ohne weiteres anfalle und die vermachte Befreiung von einer Verbindlichkeit oder Belastung unmittelbar eintrete. Diese Regelung sei mit dem deutschen Rechtsbewußtsein und mit den Bedürfnissen vor allem der minderbemittelten Bevölkerungsschichten unvereinbar. Wie so oft, so habe sich auch hier der Entwurf von seinem doktrinären Radikalismus zu einer solchen Ordnung verleiten lassen. Er führe den Grundsatz der Gesamtnachfolge dadurch, daß er die von den Römern selbst für erforderlich gehaltenen Einschränkungen dieses Prinzips nicht berücksichtige, derart schroff durch, daß er an Romanismus selbst das römische Recht übertreffe. Der Entwurf vergesse, daß die Universalsuccession ein bei uns erst eingeführter fremder Gedanke sei, und daher im Gegensatz zu der vom Entwurf getroffenen Regelung nur mit erheblichen Abschwächungen hätte aufgenommen werden dürfen. Rein doktrinärer Art seien die gegen eine solche Regelung vorgebrachten Bedenken der Motive, es sei der unmittelbare Erwerb des Eigentums kraft Anfalles von Todes wegen an den vermachten Gegenständen durch den mit einem Vermächtnis Bedachten bei beweglichen Sachen mit dem Traditionssystem und bei unbeweglichem Gut mit dem Grundbuchsystem nicht in Einklang zu bringen. Diese Ansicht zerschelle sofort, wenn man eben innerhalb der in der Natur der Sache liegenden Schranken die Sondererbfolge in ein Vermögensstück mit der Gesamtnachfolge in das Vermögensganze als gleichwertig anerkenne. Wohl müßten, was übrigens selbstverständlich sei, der Erbe und ebenso die Nachlaßgläubiger wegen der etwaigen Heranziehung des durch ein Vermächtnis vermachten Gegenstandes zur Deckung der Nachlaßschulden gesichert werden. Dies werde aber „durch die das dingliche Recht des Vermächtnisnehmers hinsichtlich der Realisierung einschränkenden Bestimmungen des geltenden Rechts und namentlich der preußischen Gesetzgebung vollauf erreicht." Die Einwendung, die die Motive[10]) gegen die sich angeblich hieraus ergebende „Zwittergestaltung" anführten, sei ohne alle praktische

9) S. 515—518.
10) M. V. S. 135.

Bedeutung. Jedenfalls habe der Vermächtnisnehmer hinsichtlich des ja nicht dem Erben, sondern vom Erblasser ihm zugedachten Gegenstandes denselben Anspruch auf die Sicherung seines Rechts gegen willkürliche Verfügungen des Erben. Dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein werde man es niemals klarmachen können, daß, falls vom Erblasser einer seiner Verwandten zum Erben eingesetzt und ein anderer Verwandter mit seinem Landgut oder mit seinem Haus oder mit seinem Mobiliar bedacht sei, nun beide ganz ungleich behandelt werden sollen. Ebenso sei es mit der deutschen Rechtsüberzeugung nicht vereinbar, daß der Vermächtnisnehmer, wenn es dem Erben oder den Gläubigern des Erben beliebe, sich mit einem Ersatzanspruch in Geld begnügen müsse und im Falle der Verschuldung des Erben vielleicht ganz leer ausgehen könne. Der Trost der Motive, der Erblasser habe ja die Möglichkeit, den Vermächtnisnehmer durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers zu sichern, ist nach Gierkes Ansicht nur für reiche und vorsichtige Leute bestimmt.

In ähnlicher Weise wie die Nacherbschaft erlösche nach dem Entwurf das Vermächtnis, wenn der Anfall nicht binnen 30 Jahren nach dem Erbfall erfolge (§ 1869). Da die Wirksamkeit bei dem bedingten Vermächtnis nicht durch längeres Leben des Beschwerten, sondern auch durch längeres Leben des Bedachten über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus erstreckt werde, sei allerdings die Zeitbeschränkung hier milder gefaßt (§ 1869 Abs. 1). Das Vermächtnis zugunsten einer beim Tode des Erblassers noch nicht empfangenen oder sonst bestimmten Person werde unwirksam, wenn der durch das Vermächtnis Beschwerte gestorben und seit dem Erbfalle 30 Jahre verstrichen seien, ohne daß der Anfall eingetreten sei (§ 1869 Abs. 2). Auch hier wieder würden teilweise die Bedenken wiederkehren, die gegen die Beschränkung der Nacherbfolge angeführt seien[11]), obschon hier ein öfterer Wechsel in der Person des Beschwerten zugelassen sei und nur beim Vorliegen eines Successivvermächtnisses stets der zweite Beschwerte als der letzte Beschwerte behandelt werde, dessen längere Lebenszeit die Wirksamkeit des Vermächtnisses über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus erhalte. An Hand eines Beispieles zeigt Gierke zu welchen unangemessenen Ergebnissen diese Regelung des Entwurfs führen kann[12]).

---

11) Siehe oben S. 6.

12) „Man nehme an, daß jemand ein Landgut hintereinander seiner älteren Schwester, seiner jüngeren Schwester und dem zweitältesten männlichen Nachkommen des zur Zeit noch im Kindesalter stehenden einzigen Sohnes seines verstorbenen älteren Bruders vermacht hat. (Er ist hierzu durch das Vorhandensein eines nach Erbgutsrecht vererblichen Familienfideikommisses, das der Neffe besitzt, veranlaßt). Wird nun 31 Jahre nach dem Erbfall ein zweiter Sohn des Neffen ge-

Auch an dieser Stelle gebe der Entwurf wiederum keine Vorschriften dafür, wie es sich verhalten solle, wenn eine juristische Person bedacht oder beschwert sei.

4. Auflage[13]).

§ 7.

Die Auflage definiere der Entwurf im § 1757 als eine Beschwerung eines Erben oder eines Vermächtnisnehmers durch letztwillige Verfügung mit der Verpflichtung zu einer Leistung ohne Zuwendung an einen anderen. Entgegen der von den Motiven[14]) vertretenen Auffassung, das der Auflage entspringende Recht sei zwar ein mehr formales, gleichwohl aber ein Forderungsrecht, auf das die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse insoweit Anwendung fänden, als sich nicht infolge des Mangels eines vermögensrechtlichen Interesses des jeweils Berechtigten das Gegenteil ergebe, ist Gierke der Ansicht, daß bei dieser den im § 1888 bezeichneten Berechtigten beigelegten Befugnis von einem Forderungsrecht im technischen Sinne nicht die Rede sein könne. Ein Forderungsrecht sei nur auf Grund eines materiellen Schuldverhältnisses denkbar. Derjenige aber, der die Befugnis erhalte, auf Vollziehung der Auflage zu klagen, werde nicht in ein Schuldverhältnis hineingestellt, sondern erlange eine besondere erbrechtliche Stellung, er werde zum Vollstrecker des Willens des Erblassers. Er sei „Wächter der Pietät und Sitte" und habe als solcher eine soziale Funktion zu erfüllen. Zu billigen sei es um so weniger, daß sich der Entwurf nicht entschlossen habe, zwecklose, unverständige und lediglich lästige Auflagen für unwirksam zu erklären. Gegen eine solche Vorschrift würden sich die Motive[15]) unter Berufung auf den großen Grundsatz des Entwurfs wehren, daß jeder Mensch die Befugnis habe, die ihm zustehenden Rechte zu mißbrauchen und daher auch „der Mißbrauch des eigenen Vermögens über den Tod hinaus" durch das Erbrecht erlaubt sein müsse. In der Tat komme der Grundsatz des Entwurfs, daß das Privateigentum in der Schikanefreiheit gipfele, erst dann zur rechten Entfaltung, wenn dem Erblasser die Möglichkeit gegeben werde, andere Menschen noch nach dem Tode zu schikanieren. Eine gesunde auf dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein fußende Rechtsordnung aber darf nach Gierkes Ansicht dem Willen des unter Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung Verstorbenen ihre Zwangsmittel nur insoweit zur Verfügung stellen, als dieser Wille von einem vernünftigen Interesse geleitet wird.

boren, so bekommt derselbe das Gut, falls die ältere Großtante noch lebt, geht aber nach § 1869 Abs. 2, S. 2 leer aus, falls bereits die jüngere Großtante zum Besitz gelangt ist".

13) S. 519.

14) M. V, S. 214.

15) M. V, S. 213.

5. Testamentsvollstrecker[16]).

§ 8.

Das Institut des Testamentsvollstreckers regelt der Entwurf nach Gierkes Ansicht insoweit sachgemäß, als er dem Testamentsvollstrecker eine absolute Rechtsstellung und nicht nur obligatorische Rechte gegenüber dem Erben gewährt. Was dagegen den Inhalt der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers anlangt, so wird nach Gierkes Auffassung die im Entwurf getroffene Regelung dem wahren Gedanken dieses aus dem deutschen Recht hervorgegangenen Instituts nur zum Teil gerecht. Der in den Motiven vertretenen Ansicht, es werde durch die Vorschriften des Entwurfs die juristische Konstruktion nicht unterbunden, müsse entgegengehalten werden, daß doch überall im Entwurf eine ganz bestimmte Auffassung zu Tage trete, welche im § 1903 hinsichtlich der Vertretung des Erben im Prozeß ausdrücklich anerkannt werde. Danach verleihe der Entwurf dem Testamentsvollstrecker die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Erben, der insoweit in der Verfügungsmacht auf Grund des Willens des Erblassers beschränkt sei. Die Motive[17]) freilich würden dem Entwurf das Lob spenden, er habe mit dieser Regelung „Klarheit in ein dunkles Institut" gebracht; es sei dem Systeme des Entwurfs derart eingefügt worden, daß Widersprüche mit allgemeinen Grundsätzen nicht mehr möglich seien und das gesamte Institut nicht als eine „Anomalie" erscheine, die einen vollkommen fremden Charakter an sich trage. „Übersetzen wir", so meint Gierke, „wie dies die Sprache der Motive stets zuläßt, Rechtssystem mit Pandektensystem, klar oder allgemein mit romanistisch, dunkel, anomal und fremdartig mit deutsch, so bedeutet dieser Triumpfgesang die gelungene Romanisierung des Instituts." Den neueren Mandatstheorien sei, wenn schon einmal die bereits im römischen Recht ausgebildeten Begriffe zur Geltung kommen sollen, die Anlehnung an die Vormundschaft vorzuziehen, wie sie offenbar schon in der älteren romanistischen Jurisprudenz beliebt gewesen sei. Immerhin bedeute es gegenüber einer auf Grund der Mandatstheorien getroffenen Regelung einen Vorzug, wenn der Entwurf nur in einzelnen Fällen die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über den Auftrag vorschreibe, grundsätzlich aber das zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker bestehende Rechtsverhältnis auf einen anderen Boden stelle. Allein dem wahren Wesen der Testamentsvollstreckung werde keine Konstruktion gerecht, die den Testamentsvollstrecker nur als einen Vertreter des Erben betrachte. Nach Gierkes Auffassung ist der Testamentsvollstrecker „ein selbstän-

16) S. 520—522.
17) M. V, S. 236.

diger Vertreter des Erblassers, er ist dessen für einen bestimmten Bereich eingesetztes Willensorgan, er ist ein von der Rechtsordnung, welche die Ausführung des Willens Verstorbener innerhalb gewisser Schranken als ein schutzwürdiges Interesse betrachtet, anerkannter Träger einer sozialen Funktion." Was in der Welt könne den Gesetzgeber hindern, eine besondere erbrechtliche Vertretung anzuordnen und konsequent durchzuführen? Sei denn der Entwurf der Sklave romanistischer Lehrsätze, der aus deren Begriffsenge heraus keinen freien Schritt wagen dürfe, sondern künstliche Analogien aufsuchen müsse, um sich mit den Ansprüchen des deutschen Rechtslebens notdürftig abzufinden?

Im einzelnen habe der irrige Ausgangspunkt des Entwurfs denn auch zur Folge, daß die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers nicht im Sinne der ihm gebührenden freien und selbständigen Stellung ausgestaltet worden seien.

6. Errichtung letztwilliger Verfügungen[18]).

§ 9.

In Abweichung von dem in fast ganz Deutschland geltenden Recht verleihe der Entwurf, da er das Alter der Testiermündigkeit auf 16 Jahre festsetze und die Errichtung einer letztwilligen Verfügung auch einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gestatte, auch einem entmündigten Verschwender die volle Testierfähigkeit. Diese Regelung verdient nach Gierkes Ansicht schwerlich Billigung. Ebenso verstoße das Verbot der gemeinschaftlichen Testamente (§ 1913) gegen die im deutschen Volke fast allgemein eingewurzelte Sitte der gemeinschaftlichen, und zwar regelmäßig gegenseitigen Testamente unter Eheleuten. Auch wenn man an sich die Daseinsberechtigung dieses zwischen Testament und Erbvertrag stehenden Instituts bezweifle, seien doch alle von den Motiven[19]) gegen das gemeinschaftliche Testament angeführten Bedenken für eine Rechtfertigung eines derartigen Eingriffes des Gesetzgebers nicht ausreichend. Die gemeinschaftliche Verfügung von Todes wegen liege im Wesen der Ehe und entspreche der Natur der Sache. Im übrigen sei nach § 1942 der Erbvertrag unter Ehegatten in manchen Fällen unzulässig, auch werde er sich überdies nicht überall leicht einbürgern. Auch in solchen Fällen müsse das Gesetz die Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Verfügung unter Ehegatten enthalten und dürfe den Eheleuten nicht getrennte Verfügungen aufbürden, die doppelte Kosten verursachen würden. Nach dem Vorbilde des österreichischen und preußischen Rechts hätte daher der Entwurf das gemein-

18) S. 522—526.
19) M. V, S. 253 ff.

schaftliche Testament unter Ehegatten und Verlobten zulassen, im übrigen aber ausschließen müssen.

Der Entwurf kenne, was durchaus zweckmäßig sei, als ordentliche Testamentsform nur die notarielle und gerichtliche Form; das Privattestament vor Zeugen und ebenso das sogenannte holographische Testament schaffe er dagegen ab. Er beseitige weiter, allerdings im Gegensatz zum geltenden Recht eine Reihe von Formerleichterungen, wie z. B. für Anordnungen über die Teilung der Erbschaft unter den Kindern des Erblassers, für Ergänzungen eines bereits vorhandenen Testaments, für geringfügige Vermächtnisse, für Zuwendungen zu frommen Zwecken, für Anordnungen über das Begräbnis. Nach Gierkes Ansicht wird bei dieser Regelung des Entwurfs am meisten vermißt werden die Zulässigkeit der Zusatzbestimmungen in der Form von vorbehaltenen Nachzetteln zu einem bereits vorhandenen Testament. Diese Nachzettel seien in dem vom preußischen Recht beherrschten Gebiet nicht nur überaus häufig, sondern sie entsprächen auch einem tatsächlichen Bedürfnis. Gierke macht den Vorschlag, sie auf weniger erhebliche Verfügungen zu beschränken. Der erblasserische Wille werde sehr oft unausgeführt bleiben, wenn man jedem Erblasser, der an einem von ihm bereits errichteten Testament eine Kleinigkeit ändern wolle, die Umstände und Kosten, die die ordentliche Testamentsform verursache, auferlege.

Dritter Abschnitt.

Verfügung von Todes wegen durch Vertrag[20]).

§ 10.

Wohl lasse der Entwurf neben der letztwilligen Verfügung in Übereinstimmung mit dem geltenden deutschen Recht die „Verfügung von Todes wegen durch Vertrag" zu, ein besonderes Interesse bringe er aber diesem deutschrechtlichen Institut nicht entgegen.

Billigung müsse er finden, daß der Entwurf für den Erbeinsetzungsvertrag, den er neben dem Vermächtnisvertrag als Erbzuwendungsvertrag anerkenne, die ordentliche Testamentsform fordere (§ 1943 Abs. 1). Zu billigen sei es dagegen nicht, wenn nach § 1943 Abs. 2, im Gegensatz zum preußischen und sächsischen Recht, die Verweisung auf ein Schriftstück ausgeschlossen und nur die mündliche Erklärung des Inhalts des Erbeinsetzungsvertrages vor den mitwirkenden Personen für zulässig erklärt werde. Es sei diese Regelung um so unangebrachter, als ja

20) S. 526—529.

Ehegatten, die willens seien, gemeinschaftlich von Todes wegen zu verfügen, diese Verfügung nach dem Entwurf nur noch im Wege des Erbvertrages treffen könnten (§ 1913). Das von den Motiven[21]) allein beigebrachte Argument, „daß eine Mitteilung in der Natur des Vertrages" liege, sei ohne alle Überzeugungskraft, denn auch ein Vertrag, der schriftlich abgeschlossen und versiegelt übergeben werde, enthalte die gegenseitigen nötigen Mitteilungen. Den Richter aber und den Notar gehe der Inhalt desselben nicht das mindeste an.

Während bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen anzunehmen sei, es werde von den Vertragsschließenden die Bindung des Erblassers gewollt, könne durch eine andere Verfügung der Erblasser niemals gebunden werden (§ 1956). Selbst die Motive[22]) könnten nicht leugnen, daß bei gewissen familienrechtlichen Anordnungen und Auflagen das durch eine solche Regelung hervorgerufene Ergebnis kaum ein angemessenes sei. Denn wer in einem Erbvertrage einen Testamentsvollstrecker ernenne, eine die Rechte des Ehemannes, die elterliche Gewalt oder eine die Vormundschaft betreffende Anordnung ausspreche oder eine Auflage treffe, könne diese Verfügung selbst bei ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung wiederrufen.

Nach Gierkes Ansicht hätte der Entwurf ferner für die unter Ehegatten einer gegenseitigen Erbeinsetzung sehr oft beigegebenen Anordnung, daß das Vermögen nach dem Tode des zuletzt Versterbenden an die beiderseitigen Verwandten oder an sonst bestimmte Personen fallen solle, besondere Auslegungsregeln aufstellen müssen.

Vierter Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge.

1. Gesetzliche Erben[23]).

§ 11.

Der in den § 1965 ff. geregelten Folgeordnung stimmt Gierke im allgemeinen zu, in einigen wichtigen Punkten aber wünscht er eine Änderung dieser Vorschriften.

Zunächst erklärt er sich gegen die vom Entwurf angeordnete Gleichstellung der unehelichen und ehelichen Kinder in der Familie der Mutter und der vollständigen Ausschließung des unehelichen Kindes von der Familie des Vaters[24]). Zwischen dem

21) M. V, S. 316.
22) M. V, S. 336.
23) S. 529—535.
24) Siehe zu dem Folgenden S. 478 ff. der Abhandlung von Gierke.

Vater oder dessen Verwandten einerseits und dem unehelichen Kinde oder dessen Abkömmlingen andererseits sei von irgendeinem Erbrecht nicht die Rede. Dabei unterscheide der Entwurf nicht zwischen den verschiedenen Arten von unehelichen Kindern. Weder kenne er eine Zurücksetzung der in Blutschande oder Ehebruch erzeugten Kinder noch eine Begünstigung der Brautkinder. Auch lege er irgendeine Wirkung der „förmlichen Anerkennung" des unehelichen Kindes durch den Vater nicht bei. Eine solche Regelung sei zwar konsequent und höchst einfach, aber nicht unbedenklich. Zwar befinde sich der Gesetzgeber auf diesem Rechtsgebiet stets insofern in einer schwierigen Lage, als er einerseits für die unehelichen Kinder nicht eine vorteilhafte Regelung treffen könne, ohne damit die auf der Ehe aufgebaute Familie zu gefährden, andererseits aber die Unversehrtheit der Familie nicht zu schützen vermöge, ohne das schuldlose Kind in Mitleidenschaft zu ziehen. Um eine gerechte Lösung zu finden, bedürfe es daher eines Kompromisses. Dieser Ausgleich dürfe aber nicht so ausfallen wie der des Entwurfs. Denn dort werde dem unehelichen Kinde nach der Mutterseite hin alles, nach der Vaterseite hin nichts gewährt. Durch eine solche Regelung werde an den Fehltritt der Mutter und an die Schuld des Vaters ein allzu ungleicher Maßstab gelegt. Würde man die unehelichen und ehelichen Kinder, so wie es der Entwurf verlange, hinsichtlich der Erbansprüche gegen alle Verwandten der Mutter vollkommen gleichstellen, so würde man damit das Recht der rechtmäßigen Familie verletzen. Gebe man dem unehelichen Kinde dagegen nicht einmal ein außerordentliches Erbrecht gegen seinen Vater, so verstoße der Gesetzgeber gegen das natürliche Verhältnis der Blutsverwandtschaft. Die Rechtsordnung dürfe nicht der Familie alle Folgen der Verfehlung eines ihrer weiblichen Mitglieder auferlegen, dagegen alle Folgen der Verfehlung eines ihrer männlichen Mitglieder abnehmen. Vor allem bei den Brautkindern werde dadurch zugunsten einer einfachen Regelung das materielle Recht gebeugt. „Im Grunde steckt hierin ein Stück Mutterrecht, das für unsere Kultur nicht paßt, wenn es auch der Selbstsucht der Männer und den frivolen Anschauungen mancher Kreise zusagen mag."

Des weiteren sei es nicht zu billigen, daß der Entwurf den Grundsatz der Parentelenordnung ungleichartig durchführe, nämlich in den ersten beiden von ihm als Linien bezeichneten Parentelen das Repräsentationsprinzip einfüge und in den ferneren Linien den entfernteren Verwandtschaftsgrad durch den näheren ausschließen lasse. Es sei, so meint Gierke, kein Grund vorhanden, weshalb dieses Prinzip nicht auch in den übrigen Linien durchgeführt werden könne. Die Motive[25]) selbst seien gezwungen,

25) M. V, S. 365.

die Unbilligkeiten anzuführen, die das Fehlen des Repräsentationsprinzips vor allem in der dritten Linie hervorzurufen geeignet sei. Die von den Motiven befürchtete Zersplitterung der Erbschaften dürfte, wenn man von den ländlichen Grundstücken absehe, für die eine besondere Folgeordnung vorzuschreiben sei, bei dem Vermögensübergange auf entferntere Verwandte wohl eher eine vorteilhafte als eine nachteilige Wirkung haben.

Nach Gierkes Ansicht hätte der Entwurf ferner von einer Erstreckung des Erbrechts ins Unbegrenzte absehen und in Übereinstimmung mit dem älteren deutschen Recht das Erbfolgerecht auf eine bestimmte Zahl von Parentelen begrenzen sollen. Im Anschluß an die Regelung des Züricher und einiger anderer schweizerischer Gesetzbücher wäre es zu empfehlen, das Erbfolgerecht mindestens mit der vierten Parentel endigen zu lassen. Wenn auch diese Frage nicht von einer so großen praktischen Bedeutung sei, namentlich dann nicht, wenn man nicht gleichzeitig eine Beschränkung der Testierfreiheit anordne, so entspreche doch in derartigen Fällen der Übergang des hinterlassenen Vermögens auf den weiteren Verband der Gemeinde oder des Staates besser dem deutschen Rechtsbewußtsein und dem sozialen Bedürfnis, als der Anfall an ganz entfernte Blutsfreunde, die durch kein gehaltvolles Familienband mehr mit dem Erblasser verbunden gewesen seien. Gierke würde es allerdings als einen sehr starken Eingriff in das Recht des einzelnen ansehen, wenn man dessen Testierfreiheit nur aus dem Grunde beschneiden würde, weil er keine näheren Verwandten in der Welt besitze. „Stirbt aber jemand ohne Verfügung von Todes wegen und hinterläßt nicht einmal Verwandte von Urgroßeltern her, so hat ein gesetzliches Erbrecht keinen gesunden Boden. Beim Erbrecht wie beim Eigentum sollte man sich hüten, durch Überspannung des Begriffes den Gegnern dieser Institutionen Waffen zu liefern."

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, das der Entwurf neben dem Verwandtenerbrecht kenne, sei die einzige Form, in welcher er sich den im deutschen Recht so verschiedenartig ausgestalteten Gedanken einer bevorzugten Behandlung des überlebenden Ehegatten vor den Erben des Erblassers zu eigen gemacht habe. Gierke ist der Ansicht, daß, wenn eine vom ehelichen Güterrecht unabhängige und gleichförmige Regelung Platz greifen solle, jedenfalls hinter das vom Entwurf dem überlebenden Ehegatten Gewährte nicht zurückgegangen werden dürfe. Den tatsächlichen Lebensverhältnissen aber werde eine solche Ordnung wenig gerecht[26]). Der Entwurf habe es sich zum Ziel gesetzt, den

26) Der Entwurf gewährt dem überlebenden Ehegatten neben den Nachkommen des Erblassers ein Viertel, neben Verwandten der zweiten Linie und neben einem

Erbnießbrauch des überlebenden Ehegatten auszurotten, und zwar aus dem Grunde, „weil eine Bindung des Vermögens durch lebenslänglichen, nicht im Wege eines Rechtsgeschäfts herbeigeführten Nießbrauchs vom Standpunkt der Nationalökonomie aus als verwerflich anzusehen" sei[27]). Ferner hätte nach Ansicht der Motive[28]) im Falle der Aufnahme eines erbrechtlichen Nießbrauchs dem überlebenden Ehegatten eine Ausstattungspflicht auferlegt werden müssen. Die angemessene Regelung dieser Pflicht und des Verhältnisses der Nachlaßgläubiger und der Gläubiger des überlebenden Ehegatten würde kaum zu überwindende Schwierigkeiten bereitet haben. Entgegen diesen Ausführungen der Motive ist Gierke der Ansicht, daß den im deutschen Volke herrschenden Rechtsanschauungen dennoch eine lebenslängliche Leibzucht für den überlebenden Ehegatten am Ehevermögen in einer großen Zahl der Fälle entspreche und sich ohne die von den Motiven befürchteten Schwierigkeiten und Nachteile abwickle. Der Gedanke der fortgesetzten Hausgemeinschaft, für dessen Ausdehnung er schon in seinen Ausführungen über das Familienrecht eingetreten sei[29]), sei nicht nur bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, sondern auch bei den anderen Güterständen am Platze, müsse aber bei jedem einzelnen eine seinem Wesen entsprechende besondere Ausgestaltung erfahren.

So müßte bei der teilweisen Gütergemeinschaft, vorausgesetzt, daß nicht bei ihr hinsichtlich des Gesamtgutes vielmehr eine Form der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintrete, für den überlebenden Ehegatten an den den gemeinschaftlichen Kindern angefallenen Erbteilen ein Recht des „Beisitzes" eingeräumt werden. Die gleiche Regelung sei für den Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft vorzuschreiben. Das Hausvermögen bliebe somit in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigt: sein auf Lebenszeit gewährtes Nutzungs- und Besitzrecht an dem den Kindern angefallenen Vermögen wäre jedoch mit seiner Stellung als Haupt der Familie verknüpft und familienrechtlich gebunden, so daß es mit einer Ausstattungspflicht belastet wäre, wegen Mißbrauchs oder Unfähigkeit entzogen werden könnte und im Falle einer neuen Eheschließung regelmäßig erlösche. Hinsichtlich der Größe der Erbteile des Ehegatten und der Kinder könne es bei

---

Großelternteil die Hälfte des Nachlasses und im übrigen die ganze Erbschaft. Konkurrieren Verwandte der zweiten und dritten Linie mit dem Ehegatten, so steht nach der Regelung des Entwurfs dem überlebenden Ehegatten außerdem der Voraus zu, der aus dem „Haushaltsinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauch gehabt haben" mit Ausnahme der Grundstückszubehörungen und den Hochzeitsgeschenken besteht (§ 1971).

27) M. V, S. 369.

28) M. V, S. 369.

29) Siehe S. 430 ff.

der Bestimmung des Entwurfs bleiben. Nur müßte auch hier dem überlebenden Ehegatten der Voraus zustehen und es dürfte ihm, wenn mehr als drei Kinder oder Linien beteiligt seien, nur ein Kindesteil statt eines Viertels der Erbschaft zufallen. Bei dem Güterstande der Gütertrennung biete sich allerdings für das Beisitzrecht kein Raum. Ebenso verstehe es sich von selbst, daß von dem Nießbrauch des überlebenden Ehegatten nicht die Erbteile einseitiger Abkömmlinge des verstorbenen Gatten ergriffen werden dürften. Das Verhältnis zu miterbenden Stiefkindern sei überhaupt nicht, wie dies seitens des Entwurfs geschehe, mit dem Verhältnis zu miterbenden Kindern identisch zu ordnen.

Ein besonderes eheliches Erbrecht würde bei unbeerbter Ehe insoweit, als die Ehegatten im Güterstande der Gütergemeinschaft gelebt hätten, mit der von ihm in seinen Ausführungen über das Familienrecht befürworteten Annahme des Konsolidationsprinzips vollständig entfallen[30]). Wolle man aber von dem Gesamtgut die Hälfte als Nachlaß ansehen, so müsse man auch dem überlebenden Ehegatten daran ein Alleinerbrecht zubilligen. Denn es sei mit dem Wesen der auf der Gütergemeinschaft aufgebauten Ehe nicht zu vereinbaren, wenn der überlebende Gatte einen Teil des Gesamtgutes an Eltern, Geschwister, Neffen und Nichten, Großeltern usw. des Verstorbenen herausgeben müsse[31]). Auch im übrigen müßte nach Gierkes Ansicht bei unbeerbter Ehe als gesetzliche Regel die Erhaltung des ganzen Ehevermögens im Besitz und Genuß des überlebenden Gatten anzustreben sein. Eine auf Lebenszeit angeordnete Leibzucht des überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Verwandten aufsteigender Linie und den Erbteilen der Seitenverwandten des Verstorbenen sei daher keineswegs unbillig. Andererseits aber könnte angesichts einer derartige Leibzucht die Grenze des ehelichen Erbrechts an der Vermögenssubstanz enger gezogen werden.

Endlich müßte der Entwurf bei der gesamten Regelung der Erbrechte des überlebenden Ehegatten auf die besonderen Verhältnisse des auf dem Lande liegenden Grundbesitzes und vor allem auf die bäuerlichen Verhältnisse die gebührende Rücksicht nehmen. Wie überall, so lasse der Entwurf aber auch hier eine solche vermissen.

---

30) Lebten die Ehegatten im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, so verweist der Entwurf im § 1383 Abs. 1 im Falle der unbeerbten Ehe auf die allgemeinen Erbrechtsregeln. Nach Gierkes Ansicht wäre in diesem Falle, wenn man von den Ansprüchen etwaiger Vorkinder des Erblassers absehe, für die eine besondere Regelung vorzuschreiben sei, der Übergang des ganzen Gesamtgutes auf den überlebenden Ehegatten nach Maßgabe des Konsolidationsprinzips weit angemessener, als die im Entwurf vorgesehene Regelung. Die Erbfolge in das Sonder- und Vorbehaltsgut könne dann immerhin nach den gewöhnlichen Erbrechtsregeln stattfinden.

31) „Man denke nur an den bekannten Fall, in dem die Tochter reicher Eltern, welche eigenes Vermögen noch nicht besitzt, kurz nach Abschluß einer güter-

2. Pflichtteil[32]).

§ 12.

Das Pflichtteilsrecht gewähre der Entwurf den Abkömmlingen, beiden Eltern und dem Ehegatten des Erblassers. Unter Abschaffung jedes Noterbrechtes und unter Festsetzung des Pflichtteilsrechtes auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils lasse der Entwurf ihm stets nur einen obligatorischen Anspruch auf eine Geldleistung gegen den Erben entspringen. Zu billigen sei es, daß der Entwurf den auf eine Beseitigung oder wesentliche Schmälerung des Pflichtteilsrechtes hinzielenden Bestrebungen nicht nachgekommen sei. „Eine schrankenlose Testierfreiheit würde vielleicht in einzelnen Fällen wohltätig wirken, im ganzen aber das Familienleben vergiften, Willkür und Selbstsucht entfesseln und unter Vernichtung aller Spuren der familienrechtlichen Gebundenheit des Eigentums den nackten Individualismus auf den Thron setzen." Die berechtigten Ziele, die man durch eine Beseitigung oder Schmälerung des geltenden Pflichtteilsrechtes zu erreichen hoffe, müßten auf anderen Wegen verwirklicht werden, und zwar vor allem durch eine besondere Erbfolge in den ländlichen Grundbesitz. Dagegen lasse sich weit eher die Frage stellen, ob nicht die Testierfreiheit vom Entwurf hätte in engere Grenzen gewiesen werden müssen. Was unserem germanischen Rechtsbewußtsein vor allem widerspreche, sei bei der vom Entwurf getroffenen Regelung die Verweisung des Berechtigten auf eine reine Geldforderung gegen den Erben. In den weitesten Kreisen des deutschen Volkes werde man es schwerlich als Recht empfinden, daß der Erblasser die eigenen Abkömmlinge ohne Grund enterben und eine fremde Person zur Gesamtnachfolge berufen könne. Weit näher stehe uns das französische Recht, das die gesetzlichen Erben, falls sie nicht rechtswirksam enterbt seien, Erben bleiben und aus der Verfügung von Todes wegen über den freien Bruchteil nur Vermächtnisansprüche hervorgehen lasse. Allenfalls befreunden könne man sich mit der Regelung des Entwurfs, wenn es sich um eine Bevorzugung eines gesetzlichen Erben vor anderen gleich nahe Erben handle. Dagegen ist es nach Gierkes Ansicht etwas wesentlich anderes, wenn ein Fremder zum Erben eingesetzt ist. Überhaupt bestehe zwischen diesen beiden Sachverhalten eine solch tiefe innere Verschiedenheit, daß eine gesunde Rechtsordnung dieselbe auch zum Ausdruck bringen, und dieser Unterschied bei der Bemessung des Umfanges des Pflichtteils eine Beachtung finden müßte. Die Regelung des Entwurfs sei demgegenüber zwar recht einfach, aber höchst ungerecht. Es komme

---

gemeinschaftlichen Ehe stirbt und nun der Witwer die Hälfte seines Vermögens (nach dem Entwurf wenigstens ein Viertel) den Schwiegereltern abzutreten hat".

32) S. 535[a]–545.

darauf an, zu wessen Gunsten der Erblasser in die gesetzliche Erbfolge eingreife. Erfolge dies nur, um unter seinen Kindern oder unter diesen und dem überlebenden Ehegatten eine abweichende Verteilung vorzunehmen, so könne dem Erblasser die freie Verfügung über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils wohl zugestanden werden. Bei Verfügungen zugunsten anderer Personen dagegen dürfe man ihm nicht die gleiche Freiheit einräumen, und es müsse sich in diesen Fällen die Höhe des der freien Verfügung unterliegenden Vermögensteiles nach der Zahl der pflichtteilsberechtigten Stämme richten. Es würde vollkommen angemessen sein, solchenfalls die freie Verfügung über einen Kindesteil zu gewähren. Zu beachten sei, daß durch das Pflichtteilsrecht ja die Familieninteressen nicht bloß gegen absichtliche Verletzung, sondern auch gegen Irrtümer und Unvorsichtigkeiten von Seiten des Erblassers geschützt werden müßten.

Wenn endlich der Entwurf weder den ferneren Verwandten aufsteigender Linie noch den Geschwistern des Erblassers ein Pflichtteilsrecht gewähre, so entspreche dies zwar der Tendenz des neueren Rechts; immerhin bleibe zu erwägen, ob nicht der unbedingten Unterhaltspflicht, die diesen Verwandten auferlegt werde, auch ein Pflichtteilsrecht entsprechen müßte[33]).

Entsprechend seiner Grundauffassung stelle der Entwurf die Auslegungsregel auf, daß die Zuwendung des Pflichtteils ohne nähere Bestimmung im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen sei (§ 1977). Hätte der Entwurf die entgegengesetzte Auslegungsregel aufgenommen, so würde er nach Gierkes Ansicht sicherlich häufiger das Richtige treffen. Hier zeige sich eben das Bedenkliche des ganzen Pflichtteilsbegriffes des Entwurfs.

Gierke tadelt an der Regelung des Entwurfs weiter, daß der Pflichtteilsberechtigte, welcher als Erbe in der im § 1981 Abs. 1 bezeichneten Weise beschränkt, beschwert oder mit einem Pflichtteilsanspruche belastet sei[34]) vor die Wahl gestellt werde, entweder die Erbschaft auszuschlagen oder die Beschränkung, Beschwerung oder Belastung zu tragen, ohne daß er sie bei der Berechnung des Pflichtteils in Ansatz bringen dürfe. Die Vorschriften über die Ausschlagung seien derart, daß künftig der Erbe die Tugenden eines

33) Die Unterhaltungspflicht der Geschwister untereinander ordnet der Entwurf im § 1480 an.

34) Der § 1981 Abs. 1 S. 1 lautet: „Ist der Pflichtteilsberechtigte als Erbe durch Einsetzung eines Vorerben oder Nacherben, oder dadurch, daß er nur als Ersatzerbe eingesetzt ist, oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch eine Teilungsanordnung beschränkt, oder ist er als Erbe durch ein Vermächtnis oder eine Auflage beschwert oder einem anderen Pflichtteilsberechtigten wegen dessen Pflichtteilsanspruches verpflichtet, so kann er, wenn er die Erbschaft ausschlägt, den Pflichtteilsanspruch geltend machen, wie wenn er von der Erbfolge ausgeschlossen wäre".

geriebenen Geschäftsmannes besitzen müsse, um nicht in den Schlingen des Gesetzes gefangen zu werden und durch Versäumung seines Pflichtteils verlustig zu gehen[35]). Die im Entwurf getroffene Ordnung sei abgesehen hiervon, soweit materielle Beschwerungen in Frage ständen, durchaus unbillig. Die Ausführungen der Motive[36]), durch diese Regelung werde der Gedanke der Testierfreiheit in möglichst weitem Umfange verwirklicht, seien zwar zutreffend, Aufgabe des Pflichtteilrechtes aber ist es nach Gierkes Ansicht gerade, die Testierfreiheit einzuschränken. Dem Erblasser möge man wohl gestatten, dem Pflichtteilsberechtigten durch ausdrückliche Anordnung die Wahl zwischen der Zuwendung, wie sie geboten sei, und dem Pflichtteil aufzuerlegen. Wenn aber der Entwurf gleichsam stets eine solche Anordnung im Sinne der cautela Socini fingiere, so verstoße er damit gegen die Lebensanschauungen und jedes natürliche Rechtsgefühl. Nicht selten ereigne es sich, daß der Erblasser ohne alle seine Familie schädigende Absicht seinen gesetzlichen Erben Auflagen oder Vermächtnisse auferlege, die sich dann später als Überbürdung herausstellen würden. Entspreche es in derartigen Fällen der Gerechtigkeit, wenn der überlebende Ehegatte und die Kinder, nur um ihren Pflichtteil zu retten, die Erbschaft ausschlagen müssen? Man dürfe doch in solchen Fällen dem Erblasser nicht ohne weiteres die Absicht unterstellen, seine nächsten Angehörigen, falls sie nicht leer ausgehen oder erheblich verkürzt sein wollen, von der Nachfolge in sein Mobiliar, sein Geschäft oder seinen Grundbesitz auszuschließen und sie auf eine reine Forderung in Geld zu verweisen. An wen, so fragt Gierke, soll denn nun eigentlich die ausgeschlagene Erbschaft fallen? Vermutlich komme sie an den Fiskus! Auf pietätvolle Verwandte werde die Notwendigkeit der Wahl häufig die Wirkung eines moralischen Druckes zur Annahme der Erbschaft unter gleichzeitigem Verzicht auf den Pflichtteil haben. Die Ordnung des Entwurfs sei also gerade darauf angelegt, das Pflichtteilsrecht in vielen Fällen illusorisch zu machen.

Zwecks Feststellung der Größe des Pflichtteilsrechtes stelle der Entwurf im § 1984 den Satz auf, daß bei der Berechnung des Pflichtteils alle diejenigen Personen mitzuzählen seien, die die Erbschaft ausgeschlagen hätten oder durch letztwillige Verfügung oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt seien. Auch hier also lasse sich der Entwurf von dem Bestreben nach möglichster Erweiterung der Testierfreiheit leiten. Folgerichtig und angemessener wäre nach Gierkes Auffassung, namentlich im Hinblick auf die im § 1972 aufgestellte Fiktion

35) Vgl. §§ 2034, 2033, 1832 Abs. 2 und § 2038 Abs. 3.
36) M. V, S. 398 und 400.

des Vorversterbens[37]), die entgegengesetzte Vorschrift. Der Umfang des Pflichtteilsrechtes habe sich nicht nach der möglichen, sondern nach der wirklichen Erbfolge zu richten. Lasse man die freie Verfügung des Erblassers über einen fest bestimmten Bruchteil seines Gesamtvermögens zu, so werde dadurch der Testierfreiheit in ausreichendem Maße Rechnung getragen. Nach den Vorschriften des Entwurfs könne er ja stets über die Hälfte und, wenn bei nicht beerbter Ehe ein überlebender Ehegatte oder ein Elternteil mit Verwandten, die nicht pflichtteilsberechtigt seien, konkurriere, sogar über drei Viertel seines Vermögens frei verfügen. Es sei nun nicht einzusehen, warum sich dieser Bruchteil durch Herabminderung der Zahl der Erben erhöhen solle. Schlechthin unbillig sei jedenfalls die Regelung des Entwurfs in den Fällen des entgeltlichen Erbverzichts[38]).

Gierke kritisiert weiter, daß dem Pflichtteilsberechtigten, der doch, wenn er nicht Erbe werde, dringend einer Sicherheit bedürfe, eine solche vom Entwurf nicht gewährt werde.

Billigung könne es ferner nicht finden, daß der Entwurf unter die Gründe, aus welchen der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen könne, nicht die Verurteilung wegen eines entehrenden Verbrechens und den schlechten Lebenswandel aufgenommen habe. Die Ansicht der Motive[39]), mit der Aufnahme derartiger Enterbungsgründe würde man in dem bürgerlichen Recht eine zu den Aufgaben dieses Gebietes nicht gehörende Strafe festsetzen, bekunde hier wieder den den ganzen Entwurf durchziehenden Irrtum, als wenn das Privatrecht ein in sich geschlossenes souveränes Reich sei und ein gemeinsamer sittlicher Boden der Rechtsordnung nicht vorhanden wäre. Unerhört sei es doch, daß der Gesetzgeber den Eltern nicht die Möglichkeit gebe, ein Kind, das sie ehrbar erzogen hätten und dann ins Zuchthaus gekommen sei, zu enterben. Nach der Regelung des Entwurfs könne der Tochter, die die Ehe ohne die erforderliche elterliche Einwilligung mit dem Manne ihrer Wahl eingehe, ihr ganzes Vermögen genommen werden; gebe sie sich aber jenem Manne bloß als Mätresse hin oder

37) Danach ist ein gesetzlicher Erbe, wenn er die Erbschaft ausschlägt oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen.

38) Als Beweis hierfür bringt Gierke folgendes Beispiel: Ein Vater, der drei Söhne und 90 000 M. besitzt, schichtet den einen Sohn gegen Verzicht auf die Erbschaft mit 30 000 M. ab. Stirbt nun der Vater unter Hinterlassung von 60 000 M., so beträgt nach dem Entwurf der Pflichtteil eines jeden der beiden noch nicht abgefundenen Söhne nur 10 000., während derselbe sich auf 15 000M. belaufen würde, wenn der Bruder nicht schon zu Lebzeiten des Vaters seinen Erbteil empfangen hätte.

39) M. V, S. 436—437.

werde sie gar zur feilen Dirne, so könne ihr Pflichtteil nicht angetastet werden. Den Einfluß der Ehre auf das Recht aber dürfe der Gesetzgeber nicht in dieser Weise vernichten und das Gefühl für Familienehre und Sittlichkeit nicht in die Rumpelkammer werfen.

Unvereinbar mit dem Pflichtteilsrecht des Entwurfs seien die in vielen Teilen Deutschlands überaus häufigen Verfügungen von Todes wegen, durch die bis zur etwaigen Wiederverheiratung oder bis zum Todesfall des überlebenden Ehegatten die Vereinigung des Hausvermögens in der Hand desselben entweder durch seine Einsetzung als Vorerbe und der Abkömmlinge als Nacherben oder durch einen für ihn bestellten Nießbrauch an den Erbteilen der gemeinschaftlichen Kinder gesichert werde. Wenn aber ein deutsches Bürgerliches Gesetzbuch geschaffen werde, müsse der Gesetzgeber dem Leben ablauschen, welche Regelung deutscher Anschauung und Sitte entspreche und dürfe nicht eine Ordnung aufstellen, deren Durchbrechung er voraussehe und nicht Ansprüche gewähren, von denen er erhoffe, daß ihre Geltendmachung aus Familiensinn und Pietät unterbleiben werde. Aus sämtlichen Vorschriften des Entwurfs erkenne man eben immer wieder die gleiche individualistische Anschauung, nach welcher die Familie als organische Einheit nicht bestehe, für das bürgerliche Recht vielmehr nur mechanisch abgegrenzte Befugnisse der einzelnen Personen existieren. Bei einer solchen Einstellung sei es dann natürlich nicht möglich, für die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge rechtlich eine andere Regelung zu treffen, wenn sie mit dem Recht ihrer leiblichen Mutter zusammenstießen, das von dem fürsorglichen Vater begründet sei, und wenn sie zurückgesetzt seinen von einem pflichtvergessenen Vater zugunsten eines beliebigen Dritten oder seiner Mätresse.

Was der Entwurf mit der Aufnahme der unbegrenzten Schenkungsfreiheit und der Beschränkung der Widerrufsgründe gefehlt habe, suche er mit dem neuersonnenen Institut des „außerordentlichen Pflichtteils" einigermaßen zu bessern. Würde man nach Gierkes Ansicht die Schenkfreiheit beschränken, die übermäßige Schenkung für nichtig erklären, dem Beschenkten gegenüber dem Schenker eine Unterhaltspflicht auferlegen und weitere Widerrufsgründe zulassen, so würde damit auch der Schutz des Erben ein angemessenerer sein. Wenn nach dem Entwurf für die Befriedigung des Anspruchs auf den außerordentlichen Pflichtteil zunächst der Erbe aufzukommen habe (§ 2013), so sei demgegenüber die gleichmäßige Haftung des Erben und der Beschenkten zu fordern. Unbillig sei es ferner, daß der früher Beschenkte nicht für den bei Leistungsunfähigkeit des später Beschenkten eintretenden Ausfall haften solle. Wohl beruhe das Rechtsinstitut auf einem gesunden Gedanken, allein für die versäumte Einschränkung der Schenkfreiheit biete es nur einen unzureichenden Ersatz; zudem würde es zu verwickelten

und weit in die Vergangenheit zurückgreifenden Schwierigkeiten führen.

Mit diesen Ausführungen über das Institut des außerordentlichen Pflichtteils schließt Gierke seine Kritik an der gesetzlichen Erbfolge des Entwurfs.

Im folgenden muß es nun unsere Aufgabe sein, im Rahmen der Kritik Otto Gierkes die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs darzustellen und aufzuzeigen, inwieweit Gierke mit seinen Forderungen durchgedrungen ist.

II. Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Allgemeiner Charakter des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 13.

Soweit Gierke ein volkstümliches, in allen seinen Teilen deutsches Erbrecht fordert, hat er vergebens in seiner Kritik den Ruf nach einem solchen erhoben. Er ist mit seiner Forderung, den Entwurf an Haupt und Gliedern zu reformieren, nicht durchgedrungen. Wohl hat die endgültige Fassung des Gesetzes im einzelnen manches gegenüber dem ersten Entwurf gebessert, wohl ist im Erbrecht manches deutscher geworden[1]), allein der innerste Kern des Werkes der ersten Kommission ist unangetastet geblieben. Wie es bei dem der weiteren Behandlung des Entwurfs zugrunde gelegten Verfahren nicht anders sein kann, liegt im Gesetz eine bloße Revision des Entwurfs vor. Das BGB. und damit sein Erbrecht ist kein aus einem neuen Geist entstandenes Werk, es ist vielmehr der revidierte erste Entwurf.

Soweit man sich aber im einzelnen im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeit zu einer inhaltlichen Änderung des ersten Entwurfs entschloß, liegen diese Änderungen zum großen Teil in der Richtung, für die Gierke in seiner Kritik kämpfend eingetreten ist. Das Erbrecht des BGB. ist daher nicht nur weniger romanistisch, sondern auch weniger individualistisch als das des ersten Entwurfs.

So hat das Gesetzbuch, abweichend vom Entwurf erster Lesung, die Auffassung des deutschen Rechts und damit Gierkes Forderung insoweit berücksichtigt, als es die gesetzliche Erbfolge an den Anfang der Erbrechtsordnung vor die gewillkürte Erbfolge stellt. Eine Regelung aber, die Gierkes Kritik vollauf gerecht wird, ist damit nicht erreicht worden. Denn Gierkes Auffassung nach darf die gesetzliche Regel nur in Ausnahmefällen abgeändert werden, sei es, um sie „der konkreten Sachlage anzupassen oder besonderer Umstände wegen durch eine geeignetere Anordnung zu ersetzen"[2]). Soweit es sich aber nun im BGB. darum handelt, wer von mehreren Personen zur Erbschaft berufen ist, der gesetzliche oder der gewillkürte Erbe, schließt die letztwillige Verfügung in jedem Falle die Berufung ab intestato aus. Eine solche Regelung aber wollte Gierke, wie sich aus dem Obigen ergibt, im künftigen BGB. gerade nicht angeordnet wissen. Dies erhellt weiter aus seiner an anderer Stelle vertretenen Ansicht: „Immer noch ist uns eine Vorstellungsweise

1) In seiner Schrift „Das BGB. und der deutsche Reichstag" S. 43 läßt sich Gierke selbst in gleicher Weise anerkennend über den zweiten Entwurf aus.
2) Siehe oben S. 3.

fremd, nach der an sich der Wille des Individuums zur Ordnung des Erbganges berufen ist und nur in Ermangelung einer individuellen Willenstat eine gesetzlich geregelte Intestaterbfolge Platz greift"[3]).

In Übereinstimmung mit Gierkes Auffassung bezeichnet dagegen das BGB. die auf Grund der gesetzlichen Erbfolge berufenen Erben nicht nur dann als gesetzliche Erben, wenn der Erblasser gestorben ist, ohne eine Verfügung von Todeswegen zu hinterlassen, sondern auch dann, wenn sich beim Tode des Erblassers eine solche Verfügung vorfindet[4]).

Erster Abschnitt.

Erbfolge.

§ 14.

Der Kritik Gierkes folgend hat die zweite Kommission die Mehrzahl der von ihm im ersten Abschnitt für überflüssig gehaltenen Vorschriften, und zwar die §§ 1749 Abs. 2, 1750 Abs. 1 und 1751 gestrichen, die §§ 1749 Abs. 1, 1750 Abs. 2 und 1752 dagegen in den zweiten Entwurf übernommen. Als §§ 1922, 1923 kehren sie im BGB. wieder. Dabei herrscht heute im Schrifttum Streit besonders darüber, ob zu dem Vermögen, das nach der Bestimmung des § 1922 mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergeht, auch die Verbindlichkeiten des Erblassers gehören oder ob der Erbe erst auf Grund des § 1967 für die Nachlaßverbindlichkeiten persönlich haftet. Diese Streitfrage konnte nach dem ersten Entwurf nicht entstehen. Denn der Entwurf sprach im § 2051 neben dem § 1749 nicht nur den Übergang der Verbindlichkeiten, sondern auch den Übergang der „zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte" ausdrücklich aus. In der Rechtsprechung hat diese Frage nicht eine so große Beachtung gefunden. Das RG. hat, soweit ersichtlich, nur in einer einzigen Entscheidung[5]) zu dieser Streitfrage Stellung genommen und schließt sich in ihr der herrschenden Auffassung an, nach der in dem nach § 1922 auf den Erben übergehenden Vermögen des Erblassers, in der Erbschaft, auch die Verbindlichkeiten des Erblassers mitenthalten sind[6]).

Die von Gierke im allgemeinen gebilligte Folgeordnung des Entwurfs hat sich auch das BGB. zu eigen gemacht, zu der von ihm ge-

3) Schmollers Jahrb., 12. Jahrg. S. 421.

4) Im ersten Entwurf sind es vor allem die §§ 1973, 1975, die sich der von Gierke bemängelten Wendung bedienen. Ihnen entsprechen im BGB. die §§ 1935, 2303.

5) RG. 61, 78.

6) Näheres zu dieser Frage findet sich bei Staudinger-Böhmer, § 1922 Bem. C II, 69 ff., S. 203 ff.

wünschten Änderung der fraglichen Bestimmungen sich aber grundsätzlich nicht entschließen können.

So hat das Gesetzbuch, was die Rechtsstellung der unehelichen Kinder anlangt, der Forderung Gierkes hinsichtlich ihres Erbrechts in keinem Punkte stattgegeben. Es ordnet in Übereinstimmung mit dem Entwurf die vollkommene Gleichstellung der ehelichen und unehelichen Kinder in der Familie der Mutter an[7]) und verneint im Gegensatz hierzu die Verwandtschaft gegenüber dem außerehelichen Vater und damit ein Erbrecht an seinem Nachlaß. Dabei werden nicht nur die im Ehebruch oder in Blutschande erzeugten Kinder in erbrechtlicher Hinsicht gegenüber den ehelichen zurückgesetzt, sondern auch die im Brautstand erzeugten Kinder stellt das Gesetz mit den ersteren auf eine gleiche Stufe.

Viel versprechend für eine angemessenere Ausgestaltung der Rechte der Unehelichen war die Aufnahme der im Art. 121 enthaltenen Bestimmung in die Weimarer Verfassung. Danach sollen den unehelichen Kindern „durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung" geschaffen werden wie den ehelichen Kindern. Erst im Jahre 1925 ist zur Ausführung dieser Richtlinien ein Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder aufgestellt worden[8]). Sollten die Rechte der Unehelichen gestärkt werden, so mußte man sich zu einer Änderung des § 1589 Abs. 2 entschließen. Denn es liegt klar zu Tage, daß die Fassung des fraglichen Paragraphen, „ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten als nicht verwandt", die Dinge auf den Kopf stellt. Auch wenn man berücksichtigt, daß dieser Satz nicht die Verwandtschaft als solche, sondern nur die eheliche Verwandtschaft für die unehelichen Kinder verneinen will, wird nichts gebessert. Gerade durch die Verneinung der letzteren wird dem unehelichen Kinde der Eintritt in die Familie des Vaters verwehrt. Der Entwurf nun hatte sich zu einer Änderung entschlossen, und zwar wollte er den § 1589 Abs. 2 gefaßt wissen: „Die Wirkung der Verwandtschaft zwischen einem unehelichen Kind und seinem Vater sowie dessen Eltern bestimmen sich nach den Vorschriften des sechsten Titels." Allein 53 Paragraphen sollten in diesem Titel die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes regeln. Wohl brachte der Entwurf eine Reihe inhaltlicher Verbesserungen, allein ein Erbrecht des unehelichen Kindes am Nachlaß des außerehelichen Vaters war auch ihm unbekannt. Desgleichen hielt er, wie es wohl auch nach den Richtlinien der Weimarer Verfassung nicht anders

---

7) OLG. 2, 26.

8) Der Titel lautet: Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt. Ein Abdruck des Textes des Entwurfs ohne die Begründung findet sich im Reichsarbeitsblatt (amtlicher Teil) 1925, Nr. 37, S. 459 ff.

sein konnte, an der Gleichstellung der unehelichen und ehelichen Kinder in der Familie der Mutter fest[9]).

Den Vorschlag Gierkes, das Repräsentationsprinzip über die zweite Parentel hinaus auch in den ferneren Ordnungen zuzulassen, hat das Gesetz nur zum Teil verwirklicht. Festhaltend an der Erwägung, daß die Durchführung dieses Prinzips in den entfernteren Ordnungen den Nachteil einer zu großen Vermögenszersplitterung mit sich führe, hat sich die zweite Kommission wohl entschlossen, das Repräsentationsprinzip noch innerhalb der dritten Ordnung zur Durchführung zu bringen, bei der vierten Ordnung aber das reine Parentelensystem zu verlassen.

Desgleichen ist Gierke mit seiner Forderung, für ländliche Grundstücke im BGB. eine besondere Folgeordnung vorzuschreiben, nicht durchgedrungen. Das BGB. selbst enthält über das Anerbenrecht keinerlei Bestimmungen[10]).

Entgegen Gierkes Vorschlag, das Erbfolgerecht mindestens mit der vierten Parentel endigen zu lassen, hat auch im BGB. der vom ersten Entwurf aufgenommene Grundsatz des unbeschränkten Verwandtenerbrechts, und zwar auf Vorschlag der Reichstagskommission, Eingang gefunden[11]). Theoretisch können demnach heute, ebenso wie nach dem ersten Entwurf, die entferntesten Blutsverwandten des Erblassers, sofern dieser kein Testament errichtet hat, seine Erben werden[12]). Dieses durch keinerlei Grenzen eingeengte Verwandtenerbrecht hat, wie die Statistik zeigt, heute zur Folge, daß in ein Viertel bis ein Fünftel sämtlicher Erbfälle[13]) das Vermögen des Erblassers an Verwandte fällt, für die der Anfall der Erbschaft nicht mehr und nicht weniger bedeutet, als ein ihnen zufallender Lotteriegewinn.

Auch nach dem Inkrafttreten des BGB. hat es an Stimmen, die auf die durch eine solche Regelung hervorgerufenen Übelstände hin-

9) Erst Anfang des Jahres 1929 ist der Entwurf dem Reichstag zugegangen, dann aber nicht weiter verfolgt worden.

10) Nur im Art. 64 des EG.BGB. findet sich eine Bestimmung des Inhalts, daß das landesgesetzliche Anerbenrecht bei land- und fortswirtschaftlichen Grundstücken auch weiterhin Geltung behalten soll. Aufrechterhalten bleiben nach dieser Vorschrift aber nicht nur alle Bestimmungen des Landesrechts, welche das Anerbenrecht unmittelbar regeln, sondern auch alle mit dem Institut der bäuerlichen Erbfolge zusammenhängenden und ihm dienenden Normen, OLG. Braunschweig KGJ. 29, 278.

11) Das BGB. befindet sich damit in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht, dem pr. ALR., dem sächsischen BGB. und dem bayerischen LR.

12) Der zweite Entwurf, wie er aus den Beratungen der vom Bundesrat für die zweite Lesung eingesetzten Kommission hervorging, hatte sich zur Einschränkung des Kreises der gesetzlichen Erben entschlossen; er berief aber immer noch die gesamte vierte Parentel, also sämtliche Nachkommen von Urgroßeltern des Erblassers, und außerdem dessen entferntere Voreltern. Dem Vorschlage Gierkes wird also auch der zweite Entwurf nur teilweise gerecht.

13) Antweiler a. a. O., S. 108.

wiesen und für eine Einschränkung des gesetzlichen Erbrechts eintraten, nicht gefehlt. Hierbei wurde vor allem geltend gemacht, daß im Vergleich zu früheren Zeiten das Familienbewußtsein und der Familienzusammenhang außerordentlich zurückgegangen seien, und daher das unbeschränkte Verwandtenerbrecht nicht mehr dem natürlichen Rechtsgefühl entspreche. Vor allem stehe die schematische Berücksichtigung der entfernten Verwandten mit dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, der, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen, gestorben sei, nicht in Einklang. Auf dem Wege der Erbrechtsreform werde den nahen Angehörigen ihr gutes Recht gewahrt, das Unrecht der entfernten Erben, bei denen der Grund der gesetzlichen Erbfolge so wenig zutreffe, daß der Anfall einer Erbschaft an einen solchen Verwandten als ein bloßer Zufall aufgefaßt werden müsse, dagegen beseitigt. Nach dem sozialpolitischen Empfinden der Gegenwart müßten unberechtigte Interessen Privater hinter dem der Allgemeinheit zurückstehen[14]).

Diesen Bestrebungen stand die Reichsregierung zunächst abwartend gegenüber. Aber bereits im Jahre 1908 veranlaßten sie die außerordentlich gestiegenen finanziellen Bedürfnisse des Reichs, den Gedanken der Bewegung zugunsten des Reichs auszuwerten. In der Erwartung, durch eine Einschränkung des gesetzlichen Erbrechts und das an seine Stelle zu setzende fiskalische Erbrecht einen Ertrag von jährlich 19 Millionen Mark zu erzielen, legte die Reichsregierung im Reichstag einen Gesetzentwurf vor, dessen Bestimmungen weit über die des zweiten Entwurfs, aber auch über den von Gierke in seiner Kritik gemachten Vorschlag hinausgingen. Nach ihm sollte nämlich nicht nur die Erbfolge der vierten und aller folgenden Ordnungen beseitigt werden, sondern sogar in der dritten Ordnung gestand der Entwurf ein gesetzliches Erbrecht nur noch den Großeltern, nicht aber ein solches auch ihren Abkömmlingen zu. Onkel, Tanten, Vettern, Basen und ihre Abkömmlinge sollten also von der Erbfolge ausgeschlossen sein. Die Testierfreiheit dagegen wollte auch der Entwurf in vollem Umfange aufrechterhalten wissen, so daß es dem Erblasser auch in Zukunft unbenommen bleiben sollte, durch letztwillige Verfügung die Abkömmlinge seiner Großeltern zu Erben einzusetzen oder ihnen durch Vermächtnisse Erbschaftsgegenstände zuzuwenden. Ferner hatte der Entwurf, um gerade für diese Verwandten des Erblassers Härten zu vermeiden, eine Reihe von Begünstigungen vorgesehen, und zwar in den Fällen, in denen der Erblasser, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen, gestorben oder in denen seine letztwillige Verfü-

14) Siehe statt vieler: Bamberger a. a. O., Riemann a. a. O. Ein umfangreiches Schriftenverzeichnis zur Frage des Erbrechts des Staates überhaupt findet sich bei Staudinger-Böhmer, Zweites Kapitel, § 13 S. 65 ff.

gung infolge Nichtbeachtens wesentlicher Formvorschriften nichtig ist[15]).

Der Reichstag hat am 5. Juli 1909 mit 190 gegen 136 Stimmen den Gesetzentwurf abgelehnt, nachdem man für den Finanzbedarf des Reichs eine anderweitige Deckung gefunden hatte.

Im Jahre 1913 legte die Reichsregierung wiederum aus denselben Gründen erneut dem Reichstage einen Gesetzentwurf über das Erbrecht des Staates vor. Dieser Entwurf ist von dem im Jahre 1908 vorgelegten kaum verschieden. Eine wenig bedeutsame Abweichung lag darin, daß nach dem früheren Entwurf in den Fällen, in denen nicht mehr sämtliche vier Großeltern leben, eine Erweiterung des gesetzlichen Erbrechts dahin angeordnet war, daß alsdann die überlebenden Großeltern die alleinigen Erben sein sollten. Der Entwurf 1913 ließ ebenso wie der Entwurf 1908 das gesetzliche Erbrecht der Kinder, Enkel, Urenkel usw., der Eltern und Großeltern des Erblassers, sowie das Erbrecht seiner Geschwister und deren Abkömmlinge bestehen und setzte entsprechend dem älteren Entwurf an die Stelle aller übrigen Blutsverwandten den Fiskus[16]).

Auch diesen Entwurf hat das gleiche Schicksal ereilt wie den aus dem Jahre 1908: seine Bestimmungen sind nicht Gesetz geworden, sondern nur Entwurf geblieben.

Was nun endlich die Stellung des überlebenden Ehegatten im Erbrecht anlangt, so läßt es auch hier das BGB. bei der vom ersten Entwurf getroffenen Regelung bewenden und nicht eine vom ehelichen Güterrecht abhängige Regelung Platz greifen, wie sie Gierke in seiner Kritik vorgezeichnet hat. Vollends hat sich das Gesetzbuch auch an dieser Stelle nicht zu einer gebührenden Berücksichtigung der bäuerlichen Verhältnisse aufschwingen können.

Zweiter Abschnitt.

Testament.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 15.

Die von Gierke für überflüssig und schädlich gehaltene Vorschrift des § 1759, in welcher die Erbfähigkeit jeder juristischen Person besonders hervorgehoben wird, hat das BGB. nicht übernommen. Nach ihm ist die aktive Erbfähigkeit ebenso wie schon nach dem ersten

15) Siehe Marcus a. a. O. Eine vergleichende Gegenüberstellung der Vorschläge des Entwurfs zu den entsprechenden Bestimmungen des geltenden Rechts findet sich bei Marcus im Anhang seiner Abhandlung auf S. 348 ff.

16) Siehe Hermes a. a. O., S. 19. Auch dort findet sich im Anhang ein Abdruck des Textes des Entwurfs.

Entwurf, in der allgemeinen Rechtsfähigkeit enthalten, und steht den juristischen Personen bereits auf Grund dieser Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, zu[17]).

Was nun aber nach dem Wegfall dieser Bestimmung die Frage anlangt, wie Zuwendungen von Todes wegen an nicht rechtsfähige Vereine nach dem BGB. zu beurteilen sind, so gehen die Ansichten hierbei stark auseinander. Gierke, fußend auf seiner Genossenschaftstheorie, kommt zu dem Ergebnis, der nicht rechtsfähige Verein könne nicht nur unter Lebenden, sondern auch von Todes wegen Vermögen erwerben. Ohne eine Begründung für seine Ansicht zu geben, hält er es für zulässig, „die jeweiligen Mitglieder in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit zu Erben einzusetzen oder mit einem Vermächtnis zu bedenken"[18]). — Demgegenüber wird von anderer Seite die Auffassung vertreten, daß die an einen nicht rechtsfähigen Verein selbst wie an eine juristische Einzelpersönlichkeit erfolgte letztwillige Zuwendung grundsätzlich unwirksam sei. Um aber der Absicht des Erblassers wenigstens annähernd gerecht zu werden, werde man mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2084 die Gesamtheit der jeweiligen Vereinsmitglieder als bedacht ansehen müssen, jedoch unter Beifügung der Auflage, das Zugewendete zu Vereinszwecken zu verwenden[19]). Diese Ansicht darf als die heute maßgebliche bezeichnet werden. Nur im Wege einer solchen Auslegung also läßt sich nach dem BGB. ein von der Regelung des ersten Entwurfs abweichendes Ergebnis erzielen und die einer nicht rechtsfähigen Verbandsperson zugedachte Zuwendung aufrechterhalten.

Mit der Streichung des § 1759 des Entwurfs hat das BGB. ferner die von Gierke auf Grund der Aufnahme dieser Bestimmung befürchteten Streitigkeiten nicht zur Entstehung kommen lassen. Vielmehr steht heute allen durch besondere Gesetze geregelten Gesellschaften, Genossenschaften usw., seien es nun Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder eingetragene Genossenschaften, auf Grund ihrer Rechtsfähigkeit auch die aktive Erbfähigkeit zu. Ja selbst eine offene Handelsgesellschaft muß, obgleich sie nach der herrschenden Lehre keine juristische Person ist, da sie nach § 124 HGB. unter ihrer Firma Rechte erwerben kann, in dieser Weise auch als erbfähig gelten.

Weiter ist im ferneren Verlauf der Gesetzgebungsarbeit der von Gierke kritisierte § 1760 aus dem Entwurf entfernt worden. Er ist

---

17) Vgl. KGJ. 31, 60.

18) „Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht", S. 21.

19) RGRK, Erl. 8 zu § 1922; Strohal a. a. O., § 24 I; im Ergebnis übereinstimmend Staudinger, Erl. 7 zu § 2065; RG. in JW. 1911 S. 115 ff. — Dagegen hält Josef a. a. O., S. 239 letztwillige Zuwendungen an nicht rechtsfähige Vereine unter allen Umständen für unwirksam.

von der zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen worden, weil sich diese Bestimmung nicht nur aus den Vorschriften des Allgemeinen Teils, sondern auch aus den nachfolgenden erbrechtlichen Bestimmungen ergebe[20]). Eine abweichende Regelung aber gegenüber dem ersten Entwurf, die den von Gierke erhobenen Bedenken Rechnung getragen hätte, ist damit in das BGB. nicht aufgenommen worden. Ist eine letztwillige Verfügung unter Beifügung einer unerlaubten aufschiebenden oder auflösenden Bedingung getroffen, so sind für die Beurteilung einer solchen Bedingung, je nachdem ob die Verfügung durch deren Beifügung einen gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßenden Inhalt erhält, die §§ 134, 138 von Bedeutung. Demgemäß ist im Einklang mit der von Gierke kritisierten Regelung des ersten Entwurfs, aber nicht nur in Abweichung vom römischen, sondern auch vom preußischen Recht, auch nach dem BGB. eine unter einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Bedingung getroffene Verfügung von Todes wegen nicht als unbedingte zu behandeln, sondern nichtig[21]). Das RG. hat sich insbesondere darüber, was unter einem Verstoß gegen die guten Sitten zu verstehen ist, in einer großen Anzahl von Entscheidungen ausgesprochen. Danach ist der Maßstab für den Begriff der guten Sitten nicht die individuelle richterliche Anschauung, unter Umständen auch nicht die Anschauung bestimmter Berufs- oder Volkskreise[22]), sondern das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden[23]).

Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung ist nach dem BGB. im Hinblick auf das Vorliegen eines Willensfehlers bei Irrtum und Drohung gegeben[24]). Gleich dem ersten Entwurf läßt auch das Gesetzbuch auf diese Bestimmungen Rechtssätze folgen, die sich auf die Zulässigkeit der Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Übergehung eines zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten beziehen[25]). Den Betrug dagegen hat das BGB. als Willensmangel und Anfechtungsgrund einer letztwilligen Verfügung neben dem Irrtum nicht aufgestellt. Da jeder Irrtum, der den Erblasser zu einer letztwilligen Verfügung bestimmt hat, ausnahmslos deren Anfechtbarkeit begründet, entbehrt der Fall der arglistigen Täuschung hier einer besonderen Bedeutung. Für die Anfechtung

---

20) P. V, S. 11 III.

21) Vgl. aber auch § 2085. Dieser Vorschrift entspricht im ersten Entwurf der § 1787 Abs. 2, der unverändert in das BGB. übernommen ist, aber auch von Gierke keine Kritik erfahren hat.

22) RG. 48, 124, 125; 77, 421; 107, 281; und zwar dann nicht, wenn sich in ihnen nicht „die herrschende Sitte ausprägt".

23) RG 48, 124; 55, 373; 58, 217; 73, 115; 77, 421; 80, 221; 107, 281.

24) § 2078. Der technische Begriff der Voraussetzung (siehe oben S. 5) wurde für das BGB. nicht nutzbar gemacht und der Ausdruck vermieden.

25) § 2079.

gibt das Gesetz, ebenso wie der erste Entwurf, eine Frist von einem Jahr und läßt die Frist mit dem Zeitpunkt beginnen, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt[26])[27]). Die nun nach Gierkes Ansicht mit den wirklichen Lebensverhältnissen nicht in Einklang stehende Bestimmung des § 1786, nach welcher die Anfechtung ausgeschlossen sein soll, wenn der Erblasser die letztwillige Verfügung nicht innerhalb eines Jahres nach Beseitigung der Zwangslage bezw. nach erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde aufgehoben hat, wurde dagegen schon von der zweiten Kommission abgelehnt. Maßgebend für die Streichung war die Erwägung, daß das Ergebnis der Vorschrift nicht immer dem Willen des Erblassers entsprechen werde; zudem enthalte es einen Widerspruch, wenn der einfachen formlosen Erklärung des Erblassers, er wolle es bei seiner anfechtbaren Verfügung belassen, keine Wirkung beigelegt werde, falls er binnen Jahresfrist sterbe, dagegen aus dem Umstande, daß er länger lebe, auf seine Absicht geschlossen werde, die letztwillige Verfügung zu genehmigen[28]).

2. Einsetzung eines Nacherben.

§ 16.

Während Gierke die vom Entwurf über die Einsetzung eines Nacherben getroffene Regelung zu umfangreich findet, hat man sich im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsarbeit zu einer noch eingehenderen Regelung entschlossen. Behandelt der Entwurf dieses Institut in 38 Paragraphen, so erhöht das Gesetz ihre Zahl auf 47.

Eine Einschränkung der Nacherbfolge nach der Zahl der Fälle, wie sie der Entwurf im Gegensatz zu den damals in Deutschland überwiegend geltenden Rechten im § 1812 vorschreibt, ist dagegen dem BGB. unbekannt. Sie kann vielmehr mangels einer entgegengesetzten Bestimmung in einen und denselben Nachlaß beliebig oft eintreten. Doch gilt aber auch im Falle der Einsetzung mehrerer

26) § 2082. Sie beginnt nie vor dem Erbfall, unter Umständen aber vor der Testamentsverkündigung, RG. 66, 31. Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Anfechtungsrecht und von der Anfechtungsnotwendigkeit ist für den Fristbeginn, entsprechend dem ersten Entwurf, auch nach dem BGB. nicht erforderlich, d. h. die Frist beginnt auch dann zu laufen, wenn der Anfechtungsberechtigte nicht weiß, „daß er, um das Testament zu beseitigen, die Anfechtung dem Gericht gegenüber erklären muß", RG. 107, 194. Infolgedessen hängt die Geltendmachung des Anfechtungsrechts sehr oft davon ab, ob der Berechtigte Rechtsauskunft eingeholt hat, und ob er dabei richtig beraten worden ist.

27) In Abweichung vom ersten Entwurf kann aber der Beschwerte, wenn ein Testament anfechtbar ist, durch das er zu einer Leistung verpflichtet wird, die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung wegen Fristablaufs ausgeschlossen ist, § 2083.

28) P. V, S. 63.

Nacherben hintereinander die allgemeine zeitliche Beschränkung des § 2109. Danach wird auch nach dem BGB. grundsätzlich dem Erblasser die Befugnis abgesprochen, durch Anordnung einer Nacherbfolge wirksam Verfügungen zu treffen für den Fall des Eintritts von Umständen, die sich nicht spätestens 30 Jahre nach seinem Tode verwirklicht haben.

Das BGB. hat ferner in Abänderung des ersten Entwurfs, nach welchem der Ablauf der dreißigjährigen Frist nur in dem Falle unbeanstandet bleiben soll, in welchem der Erblasser den Eintritt der Nacherbfolge an den Tod des ersten Vorerben geknüpft hat, mit Rücksicht auf die Zwecke, denen die Nacherbfolge zu dienen bestimmt ist, den Zeitraum von 30 Jahren für einige andere besondere Fälle erweitert. Auch nach dem Ablauf von 30 Jahren seit dem Tode des Erblassers bleibt nach § 2109 Abs. 1 Nr. 1 die Nacherbfolge wirksam, wenn sie auf ein in der Person des Vorerben oder Nacherben eintretendes Ereignis abgestellt ist, und derjenige von beiden, an dessen Person das Ereignis geknüpft ist, zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat. Als solche in der Person des Vorerben oder Nacherben eintretende Ereignisse sind z. B. anzusehen: die Erreichung eines bestimmten Lebensalters, der Tod, die Verehelichung, die Ergreifung eines bestimmten Berufs, die Begründung eines Geschäfts oder eines eigenen Hausstandes[29]). In dem oben[30]) angeführten Beispiel ermöglicht somit die Regelung des BGB. ein den Ausführungen Gierkes entsprechendes Ergebnis. Die Berufung zur Nacherbfolge ist auch dann wirksam, wenn das Mädchen oder der Knabe später als 30 Jahre nach dem Tode des Erblassers heiratet oder die bestimmte Lebensstellung erreicht und der Vorerbe kurz vorher gestorben ist.

Des weiteren aber soll gemäß § 2109 Abs. 1 Nr. 2 die Nacherbeinsetzung nach dem Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall wirksam bleiben, wenn der Erblasser für den Vorerben oder einen Nacherben dessen Brüder oder Schwestern, die etwa noch geboren werden, als Nacherben eingesetzt hat. Diese Bestimmung sieht nicht nur von jeder Befristung ab, sondern sie erfordert auch nicht wie die Nr. 1 des § 2109, daß eine der in Betracht kommenden Personen[31]) schon zur Zeit des Erbfalls gelebt haben müßte. Danach ist es also möglich, voll- oder halbbürtige Geschwister eines Vorerben oder Nacherben, die etwa noch zur Welt kommen, als seine Nacherben einzusetzen, um auf diese Weise einer ganzen Familiengeneration ein Vermögen zuzuwenden. Nach dieser vom BGB. getroffenen Regelung ist der Erblasser somit in der Lage, den

29) Siehe Staudinger, Erl. 3 zu § 2109.
30) S. 6.
31) Abgesehen von dem Vorerben.

künftigen Nachkommen einer bestimmten Person ein Vermögen in der Weise zu sichern, „daß auch die beim Tode des Vorerben oder zu dem sonst gesetzten Zeitpunkt noch nicht vorhandenen Nachkommen succedieren“[32]). Die zur Zeit des Todes des Vorerben bereits erzeugten Kinder sind dann die Nacherben des Vorerben und die zu dieser Zeit noch nicht erzeugten, aber später geborenen Kinder zu entsprechenden Teilen die Nacherben ihrer vorgeborenen Geschwister. Bei ihrer Geburt haben die letzteren einen verhältnismäßigen Teil an sie abzutreten ohne Rücksicht darauf, wann jene Geschwister zur Welt gekommen sind.

Die von Gierke im Hinblick auf die Regelung des Entwurfs prophezeite Streitfrage betreffs der Anwendbarkeit des § 1813 auf den Fall, daß eine juristische Person als Vorerbe eingesetzt ist, hat das BGB. bereits durch die Aufnahme der im § 2109 Abs. 1 S. 1 enthaltenen Bestimmung nicht zur Entstehung kommen lassen. Nach dieser nicht mehr allein auf eine natürliche Person abgestellten Vorschrift wird auch, wenn eine juristische Person Vorerbe ist, die Nacherbfolge mit dem Ablauf von 30 Jahren unwirksam. Mit Rücksicht nun auf die Ausnahme, die das BGB. hinsichtlich der Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung auch nach dem Ablauf von 30 Jahren vorschreibt, ist dann weiter für juristische Personen eine Regelung dahin getroffen worden, daß, falls eine solche als Vor- oder Nacherbe berufen und die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person dieses Vor- oder Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt, es auch in diesem Falle bei der dreißigjährigen Frist bewendet, § 2109 Abs. 2.

Was nun endlich das Rechtsverhältnis des Vorerben gegenüber dem Nacherben anlangt, so hat bereits die zweite Kommission der Forderung Gierkes stattgegeben und die Verweisung auf die Vorschriften über den Nießbrauch beseitigt. Im Sinne der Ausführungen Gierkes ging man bei der Beratung von der Erwägung aus, daß es doch im Grunde eine Umdrehung der Verhältnisse sei, wenn man den Vorerben, den Herrn der Erbschaft, als bloßen Nießbraucher erkläre, und den Nacherben, welcher in Wahrheit doch nur eine Anwartschaft auf die Erbschaft besitze, zum Herrn der Erbschaft erhebe[33]). Die Verfügungsmacht des Vorerben über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände ist daraufhin im BGB. in einer Weise geregelt worden, die den Vorerben freier als einen Nießbraucher stellt. Der Vorerbe ist nicht nur Nutzungsberechtigter, sondern wirklicher Erbe[34]) und kann als solcher grundsätzlich gleich dem gewöhnlichen Erben über die Erbschaftsgegenstände verfügen[35]);

32) Siehe oben S. 6.
33) P. V, S. 91.
34) RG. 65, 218; 80, 32; 113, 50.
35) RG. 65, 144.

er hat, da er wirklicher Erbe ist, an sich alle Rechte und Pflichten eines Erben. Nur er, nicht auch zu gleicher Zeit der Nacherbe, ist mit dem Pflichtteilsanspruch belangbar[36]). Bis zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge steht der Nachlaß im alleinigen Eigentum des Vorerben; er, nicht mehr der Nacherbe, ist der „Herr des Nachlasses"[37]). Der Nacherbe ist noch nicht Erbe und hat insbesondere auch keine Rechte an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses[38]), sondern nur „ein besonders geartetes Recht an der Erbschaft, das zwar erbrechtliche, aber nicht zugleich auch sachenrechtliche Wirkungen hervorbringt"[39]). Im Interesse des durch die Verfügungsmacht des Vorerben gefährdeten Nacherben, dem der Stammwert der Erbschaft erhalten bleiben soll, sind aber dem Vorerben eine Reihe dinglicher[40]) und schuldrechtlicher[41]) Beschränkungen auferlegt, die den Grundsatz seiner Verfügungsmacht so stark durchbrechen, daß die Rechte des Vorerben kaum die eines Nießbrauchers übersteigen. Von Interesse an dieser Stelle ist aber allein die Tatsache, daß Gierke mit seiner Forderung durchgedrungen ist, und das Gesetz im Hinblick auf das Rechtsverhältnis des Vorerben gegenüber dem Nacherben ein durch eine Anwartschaft oder, wie es Gierke bezeichnet, ein durch ein Wartrecht beschränktes Eigentum an einem Vermögensganzen zum Ausgangspunkt genommen hat[42]).

3. Vermächtnis.

§ 17.

Gleich dem ersten Entwurf läßt auch das BGB. durch ein Vermächtnis immer nur ein Forderungsrecht des Bedachten gegen den Beschwerten zur Entstehung kommen, § 2174. Der durch das Vermächtnis zugewendete Gegenstand geht nicht wie beim Vindikationslega unmittelbar kraft Gesetzes auf den Bedachten über, vielmehr obliegt es dem durch das Vermächtnis Beschwerten, die zur Verwirklichung der in dem Vermächtnis getroffenen Anordnungen erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen und so den Übergang des vermachten Rechts zu vermitteln. Auch nach dem BGB. handelt es sich bei der Vermächtnisschuld um eine reine Schuldverbindlichkeit, auf die die allgemeinen Vorschriften des zweiten Buches Anwendung finden[43]). Die von Gierke gegen die Regelung

36) RG. 113, 50.
37) RG. 83, 255.
38) RG. 103, 356.
39) KGJ. 42, 231.
40) §§ 2113—2115.
41) §§ 2116 ff., § 2130.
42) Über die rechtliche Natur der Nacherbfolge siehe ferner Schumacher a. a. O., insbesondere S. 24 ff.
43) RG. 108, 86.

des ersten Entwurfs erhobenen Einwendungen und Bedenken sind mithin durch die gesetzliche Regelung nicht beseitigt worden.

Das im § 1869 des ersten Entwurfs ausgesprochene Prinzip der Beschränkung eines bedingten Vermächtnisses ist während des ganzen Entwicklungsganges des Gesetzgebungswerks nicht beanstandet worden. Man widersprach auch nicht der Erstreckung der Vorschrift auf das betagte Vermächtnis und war sich darin einig, daß man sich bei der Regelung im einzelnen an die für die Nacherbschaft gegebenen Vorschriften anzuschließen habe[44]). Danach enthält das BGB. nicht nur für ein unter einer aufschiebenden Bedingung, sondern auch für ein unter einem Anfangszeitpunkt getroffenes Vermächtnis eine wesentliche Beschränkung der Wirksamkeit dahin, daß ein solches Vermächtnis 30 Jahre nach dem Tode des Erblassers unwirksam wird, wenn nicht innerhalb dieser Frist die Bedingung oder der Zeitpunkt eingetreten ist, § 2162 Abs. 1. Nicht nur aber ist damit die Beschränkung auf das betagte Vermächtnis erstreckt worden, das BGB. hat mit dieser Bestimmung ferner nicht übernommen die von Gierke insoweit gebilligte Regelung des Entwurfs, als nach ihr unter bestimmten Voraussetzungen die Wirksamkeit des bedingten Vermächtnisses über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus erstreckt werden soll.

Für den Fall sodann, daß der Bedachte zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht erzeugt ist oder seine Persönlichkeit durch ein erst nach diesem Zeitpunkt eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, ordnet das BGB. an, daß das Vermächtnis mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Tode des Erblassers unwirksam wird, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt werden soll, § 2162 Abs. 2. Da nun auch das BGB. ein Nachvermächtnis kennt, § 2191, und dieses als aufschiebend befristetes Vermächtnis stets unter § 2162 fällt und da ferner in dem oben[45]) angeführten Beispiel der zweite Sohn des Neffen, wenn er 31 Jahre nach dem Erbfall zur Welt kommt, zur Zeit des Ablaufs der dreißigjährigen Frist noch nicht erzeugt ist, wird nach dem Gesetz, ganz gleich ob die ältere Großtante noch lebt oder bereits die jüngere zum Besitz gelangt ist, das Vermächtnis ausnahmslos unwirksam[46]). Die von Gierke für wider-

44) P. V, S. 213.

45) S. 8 Anm. 12.

46) In wörtlicher Übereinstimmung mit § 2109 läßt allerdings das BGB. in den Fällen des § 2162 auch nach dem Ablauf der 30 Jahre ein Vermächtnis wirksam bleiben, wenn es auf ein in der Person des Beschwerten oder Bedachten eintretendes Ereignis abgestellt ist, und derjenige, an dessen Person das Ereignis gebunden ist, zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat, § 2163 Abs. 1 Nr. 1. Da aber in dem zur Erörterung stehenden Fall die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung nicht gegeben sind, kann das Vermächtnis hier nicht über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus wirksam bleiben. Vollends kann in unserem Fall die Nr. 2 des § 2163 nicht zur Anwendung gebracht werden.

sinnig gehaltene Regelung des ersten Entwurfs hat damit das BGB. beseitigt.

Diese die Wirksamkeit des Vermächtnisses betreffenden Bestimmungen gelten nicht allein für natürliche, sondern, soweit sich aus ihnen nicht ein anderes ergibt, auch für juristische Personen. Weiter trifft das BGB. eine Bestimmung für juristische Personen in den Fällen, in denen gemäß § 2163 das Vermächtnis auch nach dem Ablauf von 30 Jahren wirksam bleibt, § 2163 Abs. 2. Das BGB. hat also nicht zu entscheiden vergessen, wie es sich verhalten soll, wenn eine juristische Person bedacht oder beschwert ist.

4. Auflage.

§ 18.

Die Bestimmung des Begriffs der Auflage im § 1940 BGB. „der Erblasser kann durch Testament den Erben oder den Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden" entspricht einem bei den Beratungen der zweiten Kommission gestellten Antrage. Eine sachliche Abweichung aber von der im § 1757 des ersten Entwurfs gegebenen Begriffsbestimmung ist mit dem Antrage nicht bezweckt und somit im Gesetz nicht herbeigeführt worden. Infolgedessen gehen auch noch heute die Ansichten über die Natur des Rechtes, die Vollziehung der Auflage zu fordern, das den im § 2194 angeführten Personen zusteht, weit auseinander.

In Gierkes Deutung, derjenige, der von dem Gesetz die Ermächtigung erhalte, auf Vollziehung einer Auflage zu klagen, werde „zum Vollstrecker des erblasserischen Willens und somit zu einer eigenartigen erbrechtlichen Stellung berufen", er habe „als Wächter der Pietät und Sitte eine soziale Funktion zu erfüllen", sieht Gottbehüt[47]) „zerstreut und unerkannt die Elemente" liegen, die sich zu der von ihm vertretenen Ansicht der Treuhändernatur der im § 2194 bezeichneten Personen formen lassen. Soweit Gierke jedoch ein Forderungsrecht in Abrede stellt, übersieht er nach dieser Ansicht, daß es auch nach dem BGB. Forderungsrechte gibt, die ihrem Inhaber keinen Vermögensvorteil gewähren.

Daß es sich hier nicht um ein „wahres Gläubigerrecht" handelt, ist auch die Ansicht Strohals[48]).

Staudinger[49]) dagegen schließt sich der Auffassung der Motive an und sieht in der Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, gleich ihnen ein Recht von mehr formalem Charakter, gleichwohl aber ein Forderungsrecht, auf das die allgemeinen Vor-

47) A. a. O., S. 37.
48) A. a. O., S. 21 Anm. 4
49) Erl. 1 zu § 2194.

schriften des Rechtes der Schuldverhältnisse insoweit Anwendung finden, als sich nicht infolge des Mangels eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten das Gegenteil ergibt.

Mit der Ansicht der Motive begnügt sich im großen und ganzen auch Planck[50]).

Eine uneingeschränkte Anerkennung hat Gierke mit seiner Auffassung in dem zu dieser Frage maßgeblichen Schrifttum des BGB. also nicht gefunden.

Was nun die weiteren kritischen Ausführungen Gierkes anlangt, so wurde bereits bei den Beratungen in der zweiten Kommission der Antrag gestellt, eine ausdrückliche Vorschrift dahingehend aufzunehmen, daß eine Auflage unwirksam sein solle, bei der es offenbar an einem verständigen Interesse fehle. Von der Erwägung ausgehend, daß einer solchen Bestimmung erhebliche Bedenken entgegenständen, sprach man sich aber gegen ihre Aufnahme aus. Für die Entscheidung der Frage, ob eine Auflage offenbar töricht oder zwecklos sei, seien vielfach subjektive Anschauungen maßgebend. Es liege daher die Gefahr nahe, daß eine vom Standpunkte des Erblassers aus gerechtfertigte Anordnung für ungültig erklärt werden würde. Auf der anderen Seite bestehe für die vorgeschlagene Bestimmung kein eigentliches Bedürfnis, denn es sei nicht zu befürchten, daß die Gerichte ohne eine derartige Bestimmung wirklich zwecklosen oder ganz unverständlichen Auflagen zur Durchführung verhelfen würden[51]).

Nicht angängig ist es daher nach dem BGB. im allgemeinen, eine Auflage deshalb für nichtig zu erklären, weil sie eines verständigen Inhalts ermangelt. Gleichwohl ist aber der unbilligen Regelung des ersten Entwurfs die Spitze abgebrochen durch die von der Reichstagskommission in den Allgemeinen Teil aufgenommene, aber für das gesamte Rechtsgebiet geltende[52]) Bestimmung des § 226, wonach die Ausübung eines Rechtes, die einzig und allein die böswillige Schädigung eines anderen bezweckt, als unzulässiger Mißbrauch des Rechtes untersagt ist. Demjenigen, gegen den sich die Absicht der Schädigung richtet, gewährt der § 226 die Befugnis, der schikanösen Rechtsausübung mit allen ihm durch das Gesetz zur Verfügung stehenden „Mitteln entgegenzutreten"[53]). Dabei ist es nicht erforderlich; daß es sich bei dem Schaden um einen solchen vermögensrechtlicher Natur handelt. Die Bestimmung des § 226 ist auch anwendbar, wenn der Schaden verursacht wird durch eine schikanöse Verletzung idealer Werte und Interessen[54]). Des weite-

50) Erl. 1 zu § 2194.
51) P. V, S. 243.
52) RG. in Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 823.
53) RG. 72, 254.
54) RG. 72, 254.

ren ist für die Frage, ob eine Rechtsausübung sich als Schikane darstellt, nicht die Absicht des Berechtigten allein, sondern vielmehr die objektive Sachlage entscheidend[55]). Erforderlich ist aber, daß die Rechtsausübung nur den Zweck hat, einem anderen irgendeinen Schaden zuzufügen. Ein anderer Zweck darf mit der Ausübung des Rechtes nicht verfolgt werden[56]).

5. Testamentsvollstrecker.

§ 19.

Die den Testamentsvollstrecker als einen Vertreter des Erben auffassenden Bestimmungen des ersten Entwurfs hat das BGB. nicht übernommen. Insbesondere ist auch die noch von der zweiten Kommission beibehaltene, jener Theorie entsprechende Vorschrift, nach welcher der Testamentsvollstrecker, insoweit die Erben über die Art der Auseinandersetzung einig sind, ihrem Willen Folge leisten muß [57]), gestrichen. In Übereinstimmung mit dieser Entwicklung und der Forderung Gierkes sind denn auch die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im BGB. bedeutend erweitert, seine Stellung bedeutend freier gestaltet als im ersten Entwurf. So läßt der § 2205 den Testamentsvollstrecker den Nachlaß verwalten, ihn in Besitz nehmen und über die einzelnen Gegenstände des Nachlasses verfügen; er kann nach § 2206 für den Nachlaß Verpflichtungen eingehen, dies jedoch aber nur insoweit, als die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses die Eingehung einer solchen notwendig macht. Die von ihm vorgenommenen Verfügungen haben Wirkung für und gegen den Erben, oder im Falle des Bestehens einer Erbengemeinschaft, Wirkung für und gegen diese[58]). Eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers tritt auch dann nicht ein, wenn der oder die mehreren Erben noch minderjährig sind. Der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Wirksamkeit der vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäfte bedarf es daher nicht[59]). Ja selbst die unter Mißbrauch seines Amtes mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind den Erben gegenüber erst dann unverbindlich, wenn der Dritte den Mißbrauch kannte oder kennen mußte[60]). Der Testamentsvollstrecker ist auf Grund seines Rechtes zur Verwaltung des Nachlasses nicht wie der Vormund verpflichtet, das zum Nachlaß gehörende Geld mündelsicher anzulegen und die zur Erbschaft gehörenden

55) RG. 68, 425.
56) RG. 98, 17 und die dort angeführten Entscheidungen.
57) § 2074 Abs. 3 des zweiten Entwurfs.
58) RG. 59, 366; 76, 126.
59) SA. 78, 235.
60) RG. 75, 300 ff.; 83, 349 ff.

Wertpapiere zu hinterlegen[61]). Vielmehr genügt es, wenn er das Nachlaßgeld verzinslich anlegt. Besonders deutlich folgt seine erhöhte Machtstellung im BGB. aus der Vorschrift des § 2208 Abs. 2, nach der er für befugt erklärt wird, die Ausführung von Anordnungen des Erblassers, die er nicht selbst zur Ausführung zu bringen hat, von den Erben zu verlangen, sofern nicht auf einen anderen Willen des Erblassers zu schließen ist.

Während im Entwurf hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers eine ganz bestimmte Auffassung zutage tritt, die dann auch im § 1903 anerkannt wird, nimmt das BGB. zu dieser Frage nicht in einer solchen eindeutigen Weise Stellung. Es kann hier nicht unsere Aufgabe sein, uns mit den einzelnen heute vertretenen Theorien über die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers auseinanderzusetzen. Eingegangen werden soll nur auf die herrschende Ansicht, wie sie vor allem auch in der Rechtsprechung des RG., des KG. und der OLG. vertreten wird.

Ausgehend von der Bestimmung des § 2205, in welcher die durchaus selbständige Stellung des Testamentsvollstreckers zum Ausdruck kommt, und von der Erwägung, daß das BGB. diese Stellung in einer Reihe von Bestimmungen[62]) als Amt bezeichnet, kommt die herrschende Lehre zu dem Ergebnis, der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erben oder des Erblassers, sondern Inhaber eines Amtes zu eigenem Recht[63]). So führt das RG. aus: „Der Testamentsvollstrecker soll nicht als Vertreter des Erben angesehen werden; er verwaltet ein (natürlich nicht öffentliches) Amt und hat seine Befugnisse, insbesondere auch die Befugnis zur Prozeßführung, zu eigenem Recht, wenn schon er sie im fremden Interesse ausübt"[64]).

Es scheint mir, daß Gierke, wenn er den Testamentsvollstrecker als einen selbständigen Vertreter des Erblassers bezeichnet, mit dieser Deutung des Wesens seiner rechtlichen Stellung eine der heute herrschenden Ansicht entsprechende Begriffsbestimmung gibt. Obwohl er von einem gesetzlichen Vertreter des Erblassers spricht, hat er doch offenbar nicht die technische Stellvertretung im Auge. Denn an anderer Stelle vertritt er selbst die Auffassung: „Vertreter im technischen Sinn ist keiner, dessen Prinzipal nicht mehr auf Er-

---

61) KGJ. 44, 87.

62) Z. B. §§ 2197, 2202, 2215, 2221.

63) RGRK. S. 263, Vorbemerkung; Kretzschmar a. a. O., S. 588. Siehe auch Strohal a. a. O., S. 164: „Der Testamentsvollstrecker handelt nicht in fremden, sondern in eigenem Namen kraft des ihm zustehenden Rechtes zur selbständigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Erblassers".

64) RG. 56, 330; siehe auch RG. 61, 145; 75, 301; 76, 126; KG.RJA. 3, 101; OLG. 39, 263; 40, 133.

den weilt"[65]). Daß Gierke nicht der von anderer Seite vertretenen Ansicht huldigt, der Testamentsvollstrecker sei Vertreter des Erblassers im technischen Sinn, ergibt sich weiter aus der an gleicher Stelle gemachten Ausführung, er sei „als Träger einer selbständigen erbrechtlichen Befugnissphäre anzusehen, die ihm im Dienste der von der Rechtsordnung gewährleisteten Pflichten gegen Verstorbene verliehen ist, um den letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen."

6. Errichtung eines Testaments.

§ 20.

Die von Gierke mißbilligte Regelung des ersten Entwurfs, nach der auch einem entmündigten Verschwender die volle Testierfähigkeit eingeräumt wird, hat das BGB. nicht übernommen. Gemäß § 2229 Abs. 3 ist heute der entmündigte Verschwender, ebenso wie die wegen Geistesschwäche oder Trunksucht entmündigten Personen, nicht in der Lage, rechtswirksam ein Testament zu errichten[66]). Und zwar tritt die Unfähigkeit zur Testamentserrichtung, um den in der Regel dem näheren Verwandtenkreis angehörigen Antragsteller zu schützen, nicht erst mit der Zustellung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses, sondern bereits mit der Stellung des Entmündigungsantrags ein, § 2229 Abs. 3 S. 2. Notwendig ist nach der Rechtsprechung des RG. aber zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nur das Fehlen der Testierfähigkeit zur Zeit des Testamentsabschlusses. Daher ist das von einem entmündigten Verschwender zur Zeit seiner Testierunfähigkeit zum Teil niedergeschriebene Testament seinem ganzen Umfange nach gültig, wenn die Unfähigkeit zur Testamentserrichtung zur Zeit der Beendigung des Textes bereits wieder weggefallen ist[67]). In einer Richtung ist jedoch auch nach dem BGB. der entmündigte Verschwender in vollem Umfange zur Testamentserrichtung befähigt, nämlich insofern, als er gemäß § 2253 Abs. 2 ein vor der Entmündigung errichtetes Testament wirksam widerrufen, und dieser Widerruf nach § 2254 auch durch Testament erfolgen kann.

Der Ansicht Gierkes folgend ist auch die Mehrheit der zweiten Kommission von dem Standpunkte des ersten Entwurfs, den die in den Motiven[68]) ausgesprochenen Gründe dazu geführt hatten, als ordentliche Testamentsform nur das öffentliche Testament zuzulassen, nicht abgegangen. Erst bei den Beratungen im Reichstag,

65) In den Verhandlungen des 21. Juristentages, Bd. 3 S. 226.

66) Auch der zweite Entwurf hat dem entmündigten Verschwender die volle Testierfähigkeit zugestanden. Erst bei den Beratungen im Bundesrat wurde die im § 2229 Abs. 3 enthaltene Bestimmung aufgenommen.

67) RG. 111, 252.

68) M. V, S. 257, 258.

und zwar zunächst in der Reichstagskommission und dann auch im Plenum, wurde, nach dem Vorgange des österreichischen und französischen Rechts, das eigenhändige Testament aufgenommen und, da der Bundesrat dem Beschlusse beitrat, in das BGB. eingeführt. Das Privattestament in der Form der mündlichen oder schriftlichen Errichtung vor Zeugen ist dagegen auch dem BGB. unbekannt. Andererseits sind aber durch die Rechtsprechung des RG. über den „Vertrag zugunsten Dritter" (§§ 328 ff., § 331) weitere Formen des privaten Testierens herausgebildet worden[69]).

Zur Errichtung des eigenhändigen Testaments wird vom Gesetz zwingend „eine vom Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung" gefordert, § 2231 Nr. 2. Im folgenden soll es nun unsere Aufgabe sein, an Hand von Entscheidungen der Praxis die heutige innerlich widerspruchsvolle Gesamtlage aufzuzeigen, die entstanden ist einerseits aus dem Bemühen, den gesetzlichen Formalismus des § 2231 Nr. 2 abzubauen und zu untergraben, andererseits aus dem Bestreben, an den nun einmal gegebenen Formvorschriften unverbrüchlich festzuhalten[70]). Eine solche Darstellung ist notwendig vor allem deshalb, weil die aus ihr gewonnenen Erkenntnisse beitragen zur Beantwortung der Frage, ob das eigenhändige Privattestament künftig beibehalten werden kann oder ob es entsprechend der Ansicht Gierkes nicht als eine geeignete Form der Testamentserrichtung erscheint[71]).

69) So hielt der III. Zivilsenat des RG. einen vom Erblasser nicht eigenhändig niedergeschriebenen, aber unterschriebenen Brief für rechtsverbindlich, in dem er seine Bank anwies, seiner Nichte 5 000M. gutzuschreiben und ihr diesen Betrag nach seinem Tode auszuzahlen. Denn es können, so führt der Senat unter Verweisung auf RG. 80, 177 aus, „auch durch Vertrag unter Lebenden die Zwecke erreicht werden, die das Vermächtnis verfolgt", RG. 88, 137. Weiter vertritt der IV. Zivilsenat des RG. in einem im wesentlichen gleichgelagerten Falle die Auffassung, daß „das Gesetz selbst durch die in keiner Weise eingeschränkte Vorschrift des § 331 ein zulässiges Mittel an die Hand gibt, die für letztwillige Verfügungen gegebenen Formvorschriften zu ersparen", RG. 106, 2.

In zwei Entscheidungen (RG. 98, 279; 128, 128 ff.) hat das RG. selbst gegen diese seine die Formvorschriften des Erbrechts außer Kraft setzende und die §§ 328 ff. mißbrauchende Rechtsprechung gewisse Bedenken nicht unterdrücken können. Im Schrifttum ist es vor allem Böhmer (siehe Staudinger-Böhmer, Fünftes Kapitel, § 28 II, 3 S. 157), der gegen die Rechtsprechung des RG seine Stimme erhebt und darauf hinweist, daß durch die Benutzung des Vertrags zugunsten Dritter „die erbrechtlichen Form- und Sachvorschriften außer Kraft gesetzt und durch ein formloses, nicht einmal den lebzeitigen Schenkungsregeln unterworfenes Geschäft unter Lebenden verdrängt werden" und daß durch die Anwendbarkeit dieses Institut „der Erblasser die Erbfolge aushöhlen oder gar vereiteln, die Pflichtteilsberechtigten schmälern oder gar entrechten, die Vermächtnisnehmer kürzen oder gar matt setzen, die Nachlaßgläubiger schädigen oder gar prellen kann".

70) Diese Widersprüche in der Rechtsprechung stellt besonders v. Hippel a. a. O. dar.

71) Siehe unten S. 78 ff.

Mit Rücksicht darauf, daß zahlreiche eigenhändige Testamente den gesetzlichen Formvorschriften nicht genügen, ein Formmangel aber nach § 125 das Testament nichtig macht, hat eine auch in einer großen Anzahl von Entscheidungen unserer höchsten Gerichte gebilligte Lehre damit begonnen, im Interesse der Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügungen, diese Formvorschriften einschränkend auszulegen. Dabei hat man sich nicht gescheut, nicht nur fast alle Formerfordernisse abzuschwächen, sondern auch nach und nach selbst grobe Formverstöße als noch erträglich hinzustellen. So hat z. B. das KG. noch in seiner Entscheidung vom 23. Nov. 1905[72]) daran festgehalten, daß die bloße Angabe der Straße ohne Benennung des Ortes der Errichtung nicht genügt, sondern das Testament wegen Formmangels nichtig macht. Ebenso hat es in seiner Entscheidung vom 9. Nov. 1905[73]) ein Testament für nichtig erklärt, das der Erblasser nur mit seinem Vornamen und nicht mit seinem Familiennamen unterzeichnet hatte, und eine Ermittlung der Persönlichkeit des Erblassers durch Handschriftenvergleichung oder durch sonstige Umstände als unzulässig abgelehnt. In seiner Entscheidung vom 22. Nov. 1909[74]) läßt es dagegen unter ausdrücklicher Preisgabe der in seiner Entscheidung vom 23. Nov. 1905 vertretenen Ansicht die Ergänzung des vom Erblasser nicht eigenhändig niedergeschriebenen Ortes aus dem Inhalt der Urkunde zu, die im Vordruck den Errichtungsort des Testaments angibt[75]). Diese letztgenannte Entscheidung des KG. erscheint als die unvermeidliche entsprechende Anwendung des vom RG. in seiner Entscheidung Bd. 64 S. 424 aufgestellten Grundsatzes, wonach der Richter für befugt erklärt wird, das gewollte richtige Datum zu ermitteln und die irrtümlich geschriebene Jahreszahl 1804 in 1904 zu berichtigen[76]). In Anknüpfung an seine Entscheidung vom 22. Nov. 1909 und unter Weiterbildung der in ihr vertretenen Ansicht hat dann das KG. in seinem Beschluß vom 4. Februar 1915[77]) auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände zum Zwecke der Ermittlung des Errichtungsortes be-

72) RJA. 7, 15; OLG. 16, 48, 49.
73) KGJ. 31, 112.
74) RJA. 10, 174; KGJ. 39, 73 ff.
75) Vgl. hiermit den Beschluß des KG. in KGJ. 37, 119 ff. Bereits dort hat es ausgeführt, daß ein eigenhändiges Testament nicht deshalb nichtig sei, weil es der Erblasser mit zwei verschiedenen Tagen datiert habe. Es genüge, wenn sich aus dem sonstigen Inhalt der Verfügung „unter Verwertung allgemeiner Erfahrungssätze" erkennen lasse, „daß das zeitlich frühere Datum den Tag des Beginns, das zeitlich spätere Datum den Tag des Abschlusses der Testamentserrichtung" bezeichne.
76) Desgleichen hat dann das KG. in seinem Urteil vom 27. März 1914, OLG. 30, 212, ein eigenhändiges Testament für gültig erklärt, das das Datum „20. Januar 9008" trug.
77) KGJ. 47, 96 ff.

rücksichtigt[78]) und die Abkürzung „Rgb" als genügende Bezeichnung des in Berlin-Lichtenberg liegenden Ortsteils Rummelsburg angesehen. Auf derselben Linie bewegt sich eine Entscheidung des OLG. Hamburg aus dem Jahre 1920. Zur Entscheidung stand die Frage, ob die in einem eigenhändigen Testament enthaltene Angabe „in meiner Wohnung Fettstr. Nr. 11/III" eine genügende Ortsangabe im Sinne des Gesetzes darstellt. Trotzdem auch hier aus dem sonstigen Inhalt des Testaments der Ort Hamburg nicht als Errichtungsort festgestellt werden konnte, hat das OLG. Hamburg die Frage bejaht. Die fehlende Ortsangabe „oder eine andere ohne weiteres verständliche Andeutung dieses geographischen Begriffes" werde durch die Angabe „in meiner Wohnung Fettstr. Nr. 11/III" ersetzt[79]).

Diese den gesetzlichen Formalismus abbauenden Entscheidungen ließen sich ohne Schwierigkeit um eine lange Reihe weiterer Urteile vermehren. Angeführt seien hier nur noch etliche Entscheidungen, in denen es sich nicht, wie in den obigen, um Verfügungen mit mangelnder Ortsangabe handelt.

Entgegen dem Gebot der Angabe des Errichtungstages hat das RG. die Gültigkeit eines Testaments, an dem der Erblasser über Mitternacht hinaus geschrieben und dasselbe nur mit dem Datum des eben abgelaufenen Tages versehen hat, nicht in Frage gestellt[80]). Das KG. wieder hielt ein eigenhändig geschriebenes Testament für gültig, in welchem der Erblasser das Jahr der Errichtung handschriftlich nur durch die Zahl 3 bezeichnet hatte, während die Ziffern 190 auf dem Bogen vorgedruckt waren[81]). Desgleichen hat das RG. einen zufällig vorhandenen späteren Zusatz als Vollendung des Testaments angesehen und, da die endgültige Verfügung ein Bestandteil dieses Nachtrags sei, die Gültigkeit des Testaments als nicht beeinträchtigt erklärt, obwohl es wegen Benutzung eines Vordruckes für die Ortsangabe bei strenger Auslegung der Formgebote ohne Zweifel hätte für nichtig erklärt werden müssen[82]).

Entgegen dieser die Formvorschriften einschränkend auslegenden Ansicht wird denn auch von anderer Seite im Hinblick auf den

78) Allerdings macht das KG. die Einschränkung, daß „die Klarstellung ohne weiteres und nicht erst mit Hilfe von umfangreichen Ermittlungen" müsse erfolgen können. An dieser Auffassung hat das KG. auch in seiner Entscheidung vom 27. März 1919, KGJ. 52, 78 ff., festgehalten. Dort handelte es sich um die Entscheidung der Frage, ob bei mehrfacher Ortsangabe das eigenhändige Testament gültig oder ungültig ist. Das KG. ist der Ansicht, daß ein solches Testament nur dann gültig ist, wenn der etwaige Zweifel, welcher Ort als Errichtungsort anzusehen ist, auf Grund des Testamentes selbst oder außerdem auf Grund „offenkundiger Umstände" beseitigt werden kann.

79) JW. 1921, 125 ff.

80) RG. 136, 125 ff.

81) KGJ. 39, 70 ff.

82) RG. 115, 112.

Zweck der wenigen im BGB. vorgeschriebenen Formerfordernisse ihre strenge Anwendung befürwortet. Auch dieser Ansicht huldigt, so verwunderlich es nach den soeben mitgeteilten Urteilen erscheint, eine ganze Reihe von Entscheidungen derselben Gerichte.

So hat z. B. das RG. bereits in seiner Entscheidung vom 7. April 1902[83]) die Auffassung vertreten, daß in einem eigenhändigen Testament der gesamte Inhalt durch die Orts- und Tagesangabe gedeckt werden müsse, und eine Verfügung für nichtig zu erklären sei, wenn sie nicht von Anfang bis Ende an dem Orte und Tage niedergeschrieben sei, den der Erblasser im Testament angegeben habe[84]). An dieser Ansicht hat das RG. auch in seinem Urteil vom 20. Dez. 1924[85]) festgehalten und ein Testament für ungültig erklärt, daß auf „Hamberge, den 26. August 1922" lautete, aber in Wirklichkeit erst am folgenden Tage in dem Nachbarorte „Hamfelde" abgeschlossen worden war. Des weiteren wurde ein am 17. Juli 1915 errichtetes Testament vom IV. Zivilsenat des RG. für nichtig erachtet, weil der Erblasser unter Benutzung des Vordruckes „H" seinen letzten Willen niederschrieb[86]). Das KG. wieder erklärte wegen Unrichtigkeit des Datums ein Testament für formwidrig, das, am 24. Januar niedergeschrieben, zu Unrecht das Jahr 1909 statt des Jahres 1908 als Errichtungsjahr angab[87]). Desgleichen erklärte dasselbe Gericht einen Nachtrag zu einer formgerecht errichteten Verfügung für ungültig, weil der Erblasser diese Nachschrift, die er auf denselben Bogen wie die Hauptverfügung setzte, nicht mit einem besonderen Datum versehen hatte, da er der Ansicht war, daß sich das am Kopf des Testaments befindliche Datum auch auf den Nachtrag erstrecke[88]).

Überkreuzen sich somit nicht nur ständig Entscheidungen verschiedener Gerichtshöfe, sondern auch Urteile eines und desselben Gerichts, so treten ebenso in den Entscheidungen eines gleichen Senats häufig die entgegengesetzten Auffassungen zutage. Angeführt seien als Beispiel hierfür einige Urteile des IV. Zivilsenats des RG.

Während der Senat, wie wir oben gesehen haben, keine Bedenken trug, einen zufällig vorhandenen späteren Zusatz als Vollendung des Testaments anzusehen, glaubte er in einem anderen Falle, in dem der Erblasser sein nicht unterschriebenes Testament in einem Umschlag aufbewahrte, auf den er die ordnungsgemäß

83) RG. 51, 167.
84) Entgegen dieser Auslegung des § 2231 Nr. 2 hat aber das RG. in Bd. 52, 278 die Deckung der Orts- und Zeitangabe durch die Unterschrift nicht für erforderlich gehalten.
85) RG. 109, 368.
86) JW. 1920, 784.
87) OLG. 18, 350.
88) KGJ. 40, 58.

unterschriebene Aufschrift setzte, daß die Einlage sein Testament enthalte, nicht „eine Fortsetzung des eingeschlossenen Schriftstückes" und somit einen „Abschluß der Testamentserrichtung" vor sich zu haben[89]). Desgleichen hielt sich der Senat in dem oben angeführten Erkenntnis wohl für befugt, durch Kenntnisnahme des Todesjahres des Erblassers die falsche Jahreszahl 1804 in 1904 zu berichtigen, war aber nicht in der Lage, in dem Testament eines Selbstmörders, den man am 16. Juli 1920 in seiner Wohnung erhängt auffand, und der in einem in seiner Hosentasche gefundenen Testament unter Mitteilung des beabsichtigten Freitodes „den 15. Juli, 7,30 Uhr nachmittags" als Errichtungszeit angab, die fehlende Jahreszahl 1920 einzusetzen[90]).

Gewiß verstoßen nicht etwa alle eigenhändigen Testamente gegen die Formvorschriften des § 2231 Nr. 2. Die Zahl der rechtsgültig errichteten wird im Gegenteil die durchaus überwiegende sein. Bestehen aber bleibt, auch wenn man in erster Linie an die große Zahl der gültig errichteten Verfügungen denkt, die Tatsache, daß eine immerhin nicht unbeträchtliche Anzahl Testamente jährlich von den Gerichten für nichtig erklärt wird. Ist eine letztwillige Verfügung mit einem Formmangel behaftet, so läßt es sich aber nach den obigen Urteilen schwerlich mit Sicherheit abmessen, nach welcher Seite hin die Entscheidung des Gerichts fallen wird.

Was nun endlich die von Gierke im ersten Entwurf vermißten Formerleichterungen anlangt, so hat bereits die zweite Kommission eine Reihe von Vorschriften aufgenommen, durch die für letztwillige Verfügungen bestimmten Inhalts eine erleichterte, nämlich die eigenhändige, Form zugelassen werden sollte. Unter diesen Verfügungen befanden sich denn auch solche, für die Gierke eine erleichterte Form verlangt. Nach der Einführung des eigenhändigen Testaments aber sind sie dann wieder als entbehrlich beseitigt worden. Unbekannt war dagegen auch dem zweiten Entwurf eine Regelung über die Zulässigkeit von vorbehaltenen Nachzetteln zu einem bereits vorhandenen Testament. In Übereinstimmung mit der Ansicht der Motive[91]) ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung denn auch nicht der geringste Zweifel über die Beseitigung der fraglichen Rechtseinrichtung hervorgetreten. Insbesondere ist daher, sofern es sich um die Kennzeichnung und Benennung des Bedachten handelt, eine Berufung auf die Bestimmung des § 2105 Abs. 2 verfehlt, nach welcher die Person des Erben durch ein künftig eintretendes Ereignis bestimmt werden kann. Schon nach dem Wortlaut dieser Vorschrift kann die Errichtung oder das Vorliegen

89) RG. 110, 166. Die gleiche Auffassung hat übrigens der Senat bereits in seiner Entscheidung Bd. 61, 7 vertreten.
90) JW. 1923, 604.
91) M. V. S. 294.

eines formlosen Nachzettels nicht als ein Ereignis angesehen werden, denn es ist unter einem solchen ein von dem Willen des Erblassers unabhängiges Geschehen zu verstehen[92]). Zu berücksichtigen ist aber bei dieser Regelung des BGB., daß nach Einführung des eigenhändigen Testaments den formlosen Nachzetteln nicht mehr die Bedeutung zukommen würde, die sie für den ersten Entwurf gehabt hätten. Denn gerade die durch die ordentliche Testamentsform des Entwurfs verursachten Umstände und Kosten, die Gierke für die Notwendigkeit der Zulässigkeit der formlosen Nachzettel anführt, sind durch die Aufnahme des eigenhändigen Testaments weggefallen.

7. Gemeinschaftliches Testament.

§ 21.

Der Forderung Gierkes nachkommend hat sich die zweite Kommission für die Aufnahme des gemeinschaftlichen Testaments entschieden, seine Zulässigkeit aber — entgegen Gierkes Vorschlag — nur für Ehegatten, nicht auch für Verlobte vorgeschrieben. Hat somit die Kommission durch die Aufnahme dieses Instituts eine im deutschen Volke fast allgemein eingewurzelte Sitte berücksichtigt[93]), so hat sie aber durch die von ihr in unklarer und schwer verständlicher Weise vorgeschriebenen Formerfordernisse für das eigenhändig niedergeschriebene Ehetestament den Gerichten eine Rechtsprechung vorgezeichnet, durch die eine beträchtliche Anzahl gemeinschaftlicher Testamente um den erstrebten Erfolg gebracht werden muß. Anstatt sich mit einer einfachen und natürlichen Form zu begnügen, befiehlt das Gesetz den Ehegatten, je einen eigenhändig geschriebenen Text herzustellen, ihn mit eigener Hand zu datieren und zu unterschreiben, § 2267. Da somit das gemeinschaftliche Testament formell aus zwei normalen Testamenten besteht, allerdings mit der Besonderheit, daß der Text der zweiten Verfügung nur eine „Beitritts"-Erklärung zu dem Text der ersten zu enthalten braucht, ist bei ihm die Möglichkeit von Formfehlern genau doppelt so groß wie bei dem gewöhnlichen Testament. Infolge des Grundgedankens isolierten Testierens kommt der Inhalt des einen Testaments dem anderen nicht zugute. Der Gatte, der das gemeinschaftliche Testament niederschreibt, muß die Verfügung unter Angabe des Ortes und Tages nieder- und unterschreiben[94]), eine bloße Mitunterzeichnung aber durch den anderen Ehegatten ist nicht zulässig[95]). Notwendig ist vielmehr, daß auch er

92) OLG. Dresden im ZBL.FG. 16. Jahrg. S. 676.
93) Siehe oben S. 11.
94) RG. 72, 206; KGJ. 26, 46, 47.
95) RG. 111, 249; OLG. 16, 72.

unter Angabe des Ortes und Tages seine Beitrittserklärung eigenhändig nieder- und unterschreibt[96]). Es genügt daher nicht, wenn nur die „Beitritts"-Erklärung die vollständige Zeitangabe enthält, im Testament des Mannes aber der Monat der Errichtung fehlt[97]). Ebenso ist ein gemeinschaftliches Testament, in welchem die Frau unter die formgerechte Erklärung des Mannes den Vermerk setzt: „Ich Anna C., geb. H., erkläre, daß obiges Testament auch das Meinige ist. G., d. 27. Juni 1901", mangels Unterschrift der Frau nichtig[98]).

In den Fällen aber, in denen, wie in der letztgenannten Entscheidung die Erklärung des ersten Ehegatten formgerecht, die Erklärung des zweiten Gatten dagegen unzulänglich ist, kann unter Umständen die „Haupt"-Erklärung und das formgerechte Privattestament des ersten Erklärenden aufrechterhalten werden, wenn nämlich anzunehmen ist, daß er seine Verfügung auch ohne die des anderen Ehegatten getroffen haben würde, §§ 139, 2270[99]). Eine Aufrechterhaltung der Erklärung des zweiten Gatten ist dagegen, wenn diese formell ausreichend und die des ersten Gatten formell unzureichend ist, nicht möglich. In diesem Falle sind stets die Verfügungen beider Teile nichtig[100]). Denn es bildet, wie das RG. ausführt, im Falle des § 2267 kraft der Beitrittserklärung des anderen Ehegatten die letztwillige Verfügung des ersten Ehegatten die Testamentsurkunde für beide Teile[101]). Hält man sich aber vor Augen, daß das gemeinschaftliche Testament formell aus zwei normalen Privattestamenten besteht und in ihm zwei verschiedene Personen — eine jede selbständig über das ihrer Verfügung unterliegende Vermögen — testieren, in einem solchen Falle aber von einer „Haupt"- und „Beitritts"-Erklärung nur bei willkürlicher Verwendung dieser Ausdrücke gesprochen werden kann, so ist die Notwendigkeit einer unterschiedlichen Behandlung dieser beiden Fälle nicht einzusehen. Eine solche Vorstellungs- und Entscheidungsweise erscheint als recht geeignet, „den Unwert der gemeinschaftlichen Testamentsform wie das Wesen der Begriffsjurisprudenz in einem ins Licht zu setzen"[102]).

96) OLG. 8, 287; 21, 339.
97) OLG. Hamburg, RJA. 4, 143. Vgl. auch die Entscheidung des KG. OLG. 16, 52; dort hatte der Ehemann in einem gemeinschaftlichen Testament seiner Erklärung nur den Tag und den Monat, nicht aber auch die Jahreszahl beigefügt.
98) KG. 24, 182.
99) RG. 116, 148.
100) Planck, Erl. 5 zu § 2267; OLG. 16, 53.
101) RG. 72, 206.
102) v. Hippel a. a. O., S. 125.

Dritter Abschnitt.

Erbvertrag.

§ 22.

Das BGB. hat es bei der von Gierke kritisierten Regelung des ersten Entwurfs, nach der die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages nur durch mündliche Erklärung vor Gericht oder einem Notar erfolgen kann, nicht bewenden lassen. Vielmehr ist nach dem Gesetz die Errichtung des Vertrages auch möglich durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift mit der mündlichen oder schriftlichen Erklärung, daß sie den Vertragswillen enthalte, §§ 2276 Abs. 1, 2238 Abs. 1. Dabei bestehen auch gegen die Zulässigkeit einer Verbindung beider Arten der Erklärungen keine Bedenken. Den vom KG. erhobenen Einwand, daß die Vereinigung beider Formen zu Unzuträglichkeiten und Zweifeln führe, erachtet insbesondere das RG. für verfehlt[103]). Es kann daher z. B. auch die Annahme mündlich erfolgen, während der Erblasser eine Schrift mit der erwähnten Erklärung übergibt.

Der wesentliche Inhalt des Erbvertrages besteht nach dem BGB. in Abweichung vom ersten Entwurf darin, daß nicht nur eine Erbeinsetzung, oder ein Vermächtnis, sondern auch eine Auflage von Todes wegen in bindender Weise getroffen werden kann, § 2278 Abs. 2. Nur insoweit, als nach ihm auch Auflagen vertragsmäßig angeordnet werden können, wird somit das BGB. der Forderung Gierkes gerecht. Trotz einer etwaigen Bindungsabsicht und Bindungserklärung und trotz einer etwaigen Verbindung mit einem inhaltlich zulässigen Erbvertrage sind auch nach dem BGB. nicht wirklich bindend vertragsmäßige Ernennungen von Testamentsvollstreckern[104]), sowie die von Gierke weiter angeführten familienrechtlichen Anordnungen. Andererseits kennt aber das BGB. nicht mehr eine dem § 1956 Abs. 2 und 3 des ersten Entwurfs entsprechende Bestimmung, nach der eine in einem Erbeinsetzungsvertrage enthaltene Erbeinsetzung im Zweifel als Einsetzung eines Vertragserben, und eine in einem Vermächtnis bestehende erbvertragliche Verfügung im Zweifel als eine den Erblasser bindende anzusehen ist. Es ist vielmehr nach dem Gesetz gemäß § 133 auf dem Wege freier, durch keinerlei Auslegungsregeln mehr eingeengter Willensforschung darüber zu entscheiden, ob die in einem Erbvertrag getroffene Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung eine vertragsmäßige sein soll[105]).

Für die Fälle sodann, in denen Ehegatten in einem Erbvertrage,

103) RG. 82, 154.
104) RG. 116, 322.
105) RG. 116, 323.

durch den sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt haben, daß der beiderseitige Nachlaß nach dem Tode des Überlebenden an einen Dritten fallen soll, hat das BGB. dem Vorschlage Gierkes entsprechend eine besondere Auslegungsregel aufgestellt. Sie gilt in Übereinstimmung mit Gierkes Forderung nur dann, wenn auf Grund der Bestimmungen des Erbvertrages auf die Absicht der Ehegatten geschlossen werden kann, beim Tode des überlebenden den beiderseitigen Nachlaß an einen Dritten fallen zu lassen und nicht, wenn sich aus dem Vertrage ein anderer Wille der Ehegatten ergibt[106]). Die Auslegungsregel greift daher nicht Platz, wenn in dem Erbvertrage die Bestimmung enthalten ist, daß nach dem Tode des Überlebenden der Nachlaß des Mannes an die Verwandten des Mannes, und der Nachlaß der Ehefrau an die Verwandten der Frau fallen soll[107]). Sie greift, da sich aus dem Vertrage ein anderer Wille des Erblassers ergibt, ferner nicht Platz, wenn der Dritte als Ersatzerbe des überlebenden Ehegatten hinsichtlich dessen Nachlasses eingesetzt ist[108]). Dagegen wird man die §§ 2280, 2269 für anwendbar halten müssen, wenn der Überlebende die freie Verfügung über die Vermögenssubstanz erhalten und bei seinem Tode der noch verbleibende Teil des gemeinschaftlichen Vermögens den Kindern anfallen soll[109]). Desgleichen ist die Auslegungsvorschrift, da „die Erblasser die beiderseitigen Vermögensmassen zusammengeworfen haben", anwendbar, wenn sich in dem Erbvertrage die Bestimmung findet, daß bei der Aufteilung des Gesamtnachlasses beim Tode des überlebenden Ehegatten der Nachlaß je zur Hälfte an die beiderseitigen Verwandten zu fallen hat[110]). Haben nun die Ehegatten nicht eine ausdrückliche gegenteilige Bestimmung getroffen und ergibt sich aus dem Vertrage nicht die Notwendigkeit einer anderen Auslegung, so ist nach §§ 2280, 2269 anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletztversterbenden Ehegatten eingesetzt ist. Der überlebende Gatte ist dann Erbe und nicht Vorerbe. Es bestehen daher für ihn keine Bindungen an die Beschränkungen, die das Gesetz dem Vorerben auferlegt. Er kann über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten frei verfügen[111]). Der Dritte dagegen erhält erst nach dem Tode des Überlebenden als dessen Erbe den noch vorhandenen Nachlaß bei-

106) Vgl. RG. 59, 84, 85. Dieser Entscheidung liegt allerdings nicht ein Erbvertrag, sondern ein von den Ehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament zugrunde. Da aber der § 2280 auf die Auslegungsvorschrift des § 2269 verweist, sind diese Ausführungen des RG. auch für den Fall des Vorliegens eines Erbvertrages verwertbar.

107) RG. 79, 277, 278.

108) RG. 60, 117, 118.

109) RG. 113, 240.

110) RG. 79, 278.

111) RG. 58, 65.

der Gatten. Ist somit in einem wechselseitigen Erbvertrage der Ehegatten die Bestimmung enthalten, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Überlebenden an die beiderseitigen Verwandten fallen soll, so fällt es im Zweifel denjenigen Verwandten der beiden Ehegatten zu, welche zur Zeit des Letztverstorbenen als gesetzliche Erben des einen und des anderen Ehegatten berufen wären, §§ 2269, 2067, 2104. Es findet also somit selbst für die Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten eine Nachfolge ex nunc und nicht eine solche ex tunc statt.

Ist einer der Verwandten aber bereits vor dem überlebenden Gatten gestorben, so ist seine Einsetzung hinfällig; seine Abkömmlinge treten nicht an seine Stelle. Ist dagegen in einem Erbvertrag, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, einer von ihren Abkömmlingen als derjenige bestimmt, an den das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Überlebenden fallen soll, so treten, falls er vor dem überlebenden Gatten stirbt, seine Abkömmlinge für ihn ein, §§ 2279, 2069. Dies gilt nach der Rechtsprechung des KG. nicht nur dann, wenn es sich um einen einseitigen Abkömmling des zuletztversterbenden Ehegatten handelt, sondern auch dann, wenn der als Erbe eingesetzte Abkömmling der einseitige Abkömmling des erstverstorbenen Gatten ist[112]).

Ja selbst für den Fall, daß in einem derartigen Erbvertrage ein nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zu erfüllendes Vermächtnis angeordnet ist, hat das BGB. eine Auslegungsregel gegeben, §§ 2280, 2269. Danach ist im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Überlebenden anfallen soll[113]).

112) KGJ. 51, 101.

113) Ebbecke a. a. O., S. 186, 187 findet, daß diese Auslegungsregeln dem Willen des Erblassers vielfach nicht gerecht werden. Denn die Ehegatten werden bei ihren vertragsmäßigen Verfügungen nicht selten davon ausgehen, daß von dem Gesamtvermögen, das sich in der Hand des Letztlebenden findet, bestimmte Teile auf den einen oder anderen Gatten zu rechnen sind. Aus den Auslegungsregeln ergebe sich ferner, daß es auf den Willen des letztversterbenden Ehegatten ankomme, wenn es sich um die Frage handele, ob die Erbeinsetzung wegen Irrtums oder Täuschung angefochten werden könne oder wenn Fragen der Auslegung zur Entscheidung ständen. Die hieraus entstehenden Unzuträglichkeiten könnten so große sein, daß es zweifelhaft werde, ob die Ehegatten die in den §§ 2269, 2280 getroffene Rechtsgestaltung gewollt hätten, um dem überlebenden Gatten ein vollständig freies Verfügungsrecht unter Lebenden gewähren zu können. Alle diese Unzuträglichkeiten und Zweifelsfragen könnten vermieden werden, wenn man den Ehegatten die Möglichkeit geben würde, einander als Vorerben mit dem Rechte der unbeschränkten Verfügung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden einzusetzen.

Vierter Abschnitt.

Pflichtteil.

§ 23.

Das Recht auf den Pflichtteil steht auch nach dem BGB. den Abkömmlingen, den Eltern des Erblassers und seinem Ehegatten zu. Gleich dem ersten Entwurf und damit in Widerspruch mit Gierkes Forderung setzt das BGB. dieses Recht auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils und läßt ihm einen bloßen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme[114]) entspringen. Die von Gierke insoweit gebilligte Regelung des Entwurfs, als dieser den auf eine Beseitigung oder wesentliche Schmälerung des Pflichtteilsrechtes gerichteten Bestrebungen nicht nachgekommen ist, hat somit zwar das BGB. übernommen. Andererseits aber hat sich auch das Gesetzbuch nicht entschlossen, der Testierfreiheit engere Schranken zu ziehen. Auch nach dem BGB. kann der Erblasser seine eigenen Abkömmlinge ohne Grund auf den Pflichtteil setzen und eine fremde Person zur Gesamtnachfolge berufen[115]). Gleich dem Entwurf macht das Gesetzbuch keinen Unterschied zwischen dem Fall, in welchem der Erblasser einen gesetzlichen Erben vor anderen gleich nahen Erben bevorzugt und dem Fall, in welchem ein Fremder zum Erben eingesetzt ist. Mit seiner Forderung nach einer unterschiedlichen Behandlung dieser beiden Fälle ist Gierke somit nicht durchgedrungen.

Die von Gierke aufgeworfene Frage, ob nicht der unbedingten Unterhaltspflicht, die den ferneren Verwandten aufsteigender Linie und den Geschwistern des Erblassers vom Entwurf auferlegt wird, auch ein Pflichtteilsrecht entsprechen müßte, hat für das BGB. nur noch insofern Bedeutung, als auch nach ihm für die Großeltern und die ferneren Aszendenten die Unterhaltspflicht angeordnet ist.

In seiner Vorliebte dafür, den Pflichtteil als Geldanspruch zu konstruieren, geht auch das BGB. so weit, die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen und die von Gierke geforderte entgegengesetzte Auslegungsregel aufzustellen, § 2304[116]). Dabei bedeutet nach der Rechtsprechung[117]) selbst

---

114) Im ersten Entwurf ist dies ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich nunmehr aber schon aus der Fassung des § 2303 Abs. 1 S. 2 und des § 2305.

115) Die Beschränkung der Angehörigen auf den Pflichtteil ohne Vorliegen eines Grundes verstößt insbesondere nach der bisherigen Rechtsprechung, sofern nicht andere Umstände hinzukommen, auch nicht gegen die guten Sitten (§ 138), siehe Schmitz a. a. O., S. 54. Ob ein solcher Verstoß nach neuem Rechtsdenken auf Grund der erweiterten Anwendungsmöglichkeit des § 138 gegeben ist, darüber unten S. 87 Anm. 96.

116) Die im § 1977 des ersten Entwurfs nach dem Worte „Pflichtteil" noch enthaltenen Worte „ohne nähere Bestimmung" wurden in das BGB. nicht auf-

die Bezeichnung des auf den Pflichtteil Eingesetzten als „Erbe" in der Regel keine Widerlegung des im § 2304 aufgestellten Grundsatzes.

Dagegen hat sich das BGB. hinsichtlich der im § 1981 Abs. 1 getroffenen Regelung des Entwurfs, nach der der Erbe, wenn er in der dort bezeichneten Weise beschränkt, beschwert oder mit einem Pflichtteilsanspruch belastet ist, vor die Wahl gestellt wird, entweder die Erbschaft auszuschlagen, oder die Beschränkung, Beschwerung oder Belastung zu tragen, ohne daß er sie bei der Berechnung des Pflichtteils in Ansatz bringen darf, zu einer Änderung entschlossen. Und zwar insofern, als nach ihm alle Beschränkungen und Beschwerungen[118]) als nicht angeordnet gelten[119]), wenn der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Ist der Erbteil dagegen größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so hat der Pflichtteilsberechtigte auch hier die Wahl, entweder den größeren Erbteil auszuschlagen und seinen Pflichtteil zu verlangen oder den Erbteil mit den Belastungen zu behalten, § 2306. Er kann nicht eine Befreiung von den ihm im Rahmen des § 2306 auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen verlangen, sondern muß sie hinnehmen, es sei denn, daß er den geringeren Pflichtteil fordert und zu diesem Zwecke von seinem Ausschlagungsrecht Gebrauch macht[120]). Soweit der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, erhebt also auch das BGB. die gemeinrechtliche cautela Socini zum Gesetz und läßt den von Gierke gegen den § 1981 erhobenen Widerspruch unberücksichtigt.

Ob nun im einzelnen Falle der hinterlassene Erbteil größer oder kleiner als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, bestimmt sich nach der Höhe der Erbquote, die nach dem tatsächlichen Nachlaßbestande zu berechnen ist. Unter dem hinterlassenen Erbteil und der Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist also nicht der dem Erben ziffernmäßig zustehende Betrag zu verstehen[121]). Anders verhält es sich jedoch, wenn der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte nach §§ 2315, 2316 einer Anrechnungs- oder Ausgleichungspflicht unter-

---

genommen, und zwar aus dem Grunde, weil im Falle des Vorliegens einer näheren Bestimmung die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Vorschrift, nämlich der Zweifel, fehlt.

117) Vgl. Warn. 1913, 428; 1914, 220; OLG. 30, 233.

118) In das Gesetz sind aber nicht übernommen worden die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten zum Ersatzerben und der ferner im § 1981 des ersten Entwurfs vorgesehene Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte einem anderen Pflichtteilsberechtigten wegen des Pflichtteilsanspruches des letzteren verpflichtet ist.

119) Es bedarf also keiner Anfechtung oder sonstigen Geltendmachung seitens des Pflichtteilsberechtigten.

120) RG. 85, 350; KGJ. 49, 71.

121) RG. 93, 8.

liegt, und wegen der Anwendung dieser Bestimmungen der Pflichtteil größer oder kleiner als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist. In einem solchen Falle kann nach der Rechtsprechung des RG.[122]) der § 2306 nicht wörtlich, sondern nur zweckentsprechend angewandt werden, d. h. hier hängt die Beantwortung der Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil ausschlagen muß oder nicht, von dem rechnerischen Betrage des Pflichtteils ab.

Eine wesentliche Vereinfachung erfahren haben ferner im BGB. die Vorschriften über die Ausschlagung der Erbschaft. Zwar beginnt entsprechend dem ersten Entwurf auch nach § 2306 Abs. 1 die Ausschlagungsfrist erst dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung und, wie das RG.[123]) allerdings darüber hinausgehend fordert, davon Kenntnis erlangt, ob der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und den ihm bei Berücksichtigung der gesetzlichen Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten zufallenden Pflichtteilsbetrag übersteigt. Das BGB. kennt aber nicht mehr eine dem § 2033 des Entwurfs entsprechende Bestimmung, wonach die Erbschaft nicht vor dem Beginne der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen oder angenommen werden kann. Nach dem BGB. kann der Erbe vielmehr im Gegensatz zu § 2033 des ersten Entwurfs die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist, § 1946. Der Beginn der Ausschlagungsfrist ist für den Zeitpunkt der Annahme oder Ausschlagung gleichgültig. Im Gesetz stimmt daher diese Bestimmung überein mit der unverändert aus dem Entwurf übernommenen Vorschrift des § 1832 Abs. 2 (§ 2142 Abs. 2 BGB)[124]), wonach der Pflichtteilsberechtigte, wenn er als Nacherbe eingesetzt ist, die Erbschaft sofort nach dem Erbfalle ausschlagen[125]) und seinen Pflichtteilsanspruch erheben kann. Hat der Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft ausgeschlagen, so kann er aber auch nach dem BGB., wenn er nämlich nach der Ausschlagung des ihm Hinterlassenen unterläßt, das ihm nunmehr auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Anfallende noch besonders auszuschlagen, „möglicherweise seinen Pflichtteilsanspruch ganz verlieren, wenn der durch Beschwerungen erschöpfte gesetzliche Erbteil in Ermangelung einer zweiten Ausschlagung als von ihm angenommen gilt"[126]). Der Erbe erhält nur die Ermächtigung, die Erbschaft in Ansehung aller Berufungsgründe

122) Vgl. RG. 93, 7; 113, 48.
123) RG. 113, 45 ff.
124) Siehe hierzu RG. 80, 381.
125) Nach RG. 80, 377 ff. steht der Wortlaut des § 2142 Abs. 1 auch der Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft durch den Nacherben nach dem Erbfall und vor dem Eintritt der Nacherbfolge nicht entgegen.
126) M. V, S. 401.

durch eine Erklärung auszuschlagen[127]) und im Zweifel allerdings soll sich die Ausschlagung auf alle Berufungsgründe erstrecken, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind, § 1949 Abs. 2. Man sieht, daß auch nach dem Gesetzbuch der Erbe insoweit auf der Hut sein muß, um nicht durch Versäumung der Ausschlagung und der damit verbundenen Annahme des gesetzlichen Erbteils seines Pflichtteils verlustig zu gehen.

Zwecks Feststellung der Größe des Pflichtteils zählt das BGB. gleich dem Entwurf die Personen mit, die die Erbschaft ausgeschlagen haben, die durch letztwillige Verfügung aus der Reihe der gesetzlichen Erben ausscheiden und diejenigen, die für erbunwürdig erklärt sind. Gezählt werden dagegen vom Gesetz nicht die Personen, die sich durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen haben, § 2310. Die nach Gierkes Ansicht besonders in den Fällen des entgeltlichen Erbverzichts unbillige Regelung des Entwurfs hat das BGB. also nicht übernommen. In dem obigen Beispiel[128]) beträgt somit der Pflichtteil jedes der beiden noch nicht abgefundenen Söhne 15 000 M. ganz gleich, ob der Bruder schon zu Lebzeiten des Vaters seinen Erbteil empfangen hat oder nicht.

Dagegen gewährt auch das BGB. dem Pflichtteilsberechtigten, der nach Gierkes Ansicht, wenn er nicht Erbe wird, dringend einer Sicherheit bedarf, keinerlei Schutz.

Was nun die Gründe der Entziehung des Pflichtteils einem Abkömmling gegenüber anlangt, so hat das BGB. einerseits der Forderung Gierkes nur zum Teil stattgegeben, andererseits aber ist es über seinen Vorschlag erheblich hinausgegangen. Einem Abkömmling kann nämlich unter anderem der Pflichtteil entzogen werden, wenn er sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht, § 2333 Nr. 3. Das BGB. fordert also nicht nur nicht die Strafverurteilung, sondern es läßt auch die Begehung eines schweren vorsätzlichen Vergehens als Enterbungsgrund zu. Gefordert wird aber vom Gesetz nicht schlechthin die Begehung eines Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens, sondern es muß sich, damit ein Enterbungsgrund gegeben ist, der Abkömmling desselben gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig machen. Die Beantwortung der Frage, ob ein schweres vorsätzliches Vergehen vorliegt, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalles ab. So braucht, wie das RG.[129]) ausführt, eine vereinzelte grobe Beleidigung noch nicht ein schweres Vergehen im Sinne des § 2333

127) Im Entwurf ist dies ausdrücklich ausgesprochen, § 2038 Abs. 3. Im BGB. läßt sich der Satz ohne weiteres aus § 1949 Abs. 2 ableiten.
128) S. 21 Anm. 38.
129) JW. 1929, 2707.

Nr. 3 zu sein. Denn es kommt darauf an, wer an dem Zerwürfnis zwischen dem Erblasser und dem Abkömmling die Schuld trägt, „insbesondere ob nicht der Erblasser deshalb, weil er" dem Abkömmling „ein schlechtes Vorbild gegeben oder die ihm neben der Mutter obliegende Erziehungspflicht vernachlässigt hat, für eine etwaige sittliche Verwahrlosung" des Abkömmlings „und dessen feindliche Gesinnung bis zu einem gewissen Grade seinerseits verantwortlich zu machen ist"[130]). — Ferner sieht das BGB., dem Vorschlage Gierkes entsprechend, den schlechten Lebenswandel des Abkömmlings als Enterbungsgrund an. Führt der Abkömmling wider den Willen des Erblassers einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel, so kann ihm dieser den Pflichtteil entziehen, § 2333 Nr. 5[131]). Abweichend vom ersten Entwurf ist dagegen die Entziehung nicht zulässig, wenn der Abkömmling ohne die nach dem Gesetz erforderliche Einwilligung des Erblassers eine Ehe geschlossen hat. Der Tochter aber, die gewerbsmäßig Unzucht treibt oder die sich aus festgewurzeltem Hange zu unsittlichem Lebenswandel einem Manne als Geliebte hingibt, kann — anders als nach dem Entwurf, aber in Übereinstimmung mit Gierkes Forderung — ihr ganzes Vermögen genommen werden.

Unvereinbar mit dem Pflichtteilsrecht sind auch im BGB. „die Verfügungen von Todes wegen, welche die Vereinigung des Hausvermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten bis zu dessen Tode oder etwaiger Wiederverheiratung entweder durch die Zuwendung eines Nießbrauchs an den Erbteilen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge oder durch die Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Vorerben und der Kinder als Nacherben sichern." Denn auch das BGB. kann sich nicht aufschwingen, „die Pflichtteilsansprüche der Kinder rechtlich anders zu behandeln, wenn sie mit dem von einem fürsorglichen Vater begründeten Recht ihrer leiblichen Mutter zusammenstoßen und wenn sie von einem pflichtvergessenen Vater zugunsten einer Mätresse oder irgend eines beliebigen Dritten zurückgesetzt sind"[132]).

130) RG. in JW. 1929, 2708.

131) Unwirksam ist jedoch die Entziehung, wenn der Abkömmling zur Zeit des Todes des Erblassers den ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd aufgegeben hat, § 2336 Abs. 4.

132) Zuwendungen an die Geliebte, die zwar mit Rücksicht auf das unerlaubte Verhältnis, aber in der Absicht gemacht wurden, die Geliebte für gebrachte Opfer zu entschädigen und ihr die Möglichkeit zu geben, sich in Zukunft von dem unsittlichen Lebenswandel abzuwenden, wurden nach der bisherigen Rechtsprechung des RG. nur dann als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen, wenn durch sie „die Witwe des Erblassers und seine ehelichen Kinder in Not versetzt und in empörender Weise benachteiligt" wurden; siehe Schmitz a. a. O., S. 43. Lag die gute Absicht auf seiten des Erblassers aber nicht vor, dann wurden sie allerdings in ständiger Rechtsprechung für nichtig erklärt; Schmitz a. a. O., S. 42.

Desgleichen hat sich das BGB. nicht entschließen können, hinsichtlich des Schutzes des Erben eine den Vorschlägen Gierkes entsprechende Regelung aufzunehmen. Das BGB. läßt gleich dem Entwurf, die unbegrenzte Schenkfreiheit bestehen und kann sich nicht aufschwingen, die übermäßige Schenkung für nichtig zu erklären.

In einigen wenigen Punkten kann jedoch auch das Gesetz nicht umhin, wenigstens zum Teil auf die Forderungen Gierkes einzugehen. So ordnet es in Abweichung vom ersten Entwurf mit Rücksicht auf die von Gierke geforderte Unterhaltspflicht des Beschenkten gegenüber dem Schenker im § 528 an, daß, soweit dieser nach der Leistung des Geschenkes nicht in der Lage ist, sich standesgemäß zu unterhalten und die ihm gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht gegenüber seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten zu erfüllen, der Schenker von dem Beschenkten die Rückgabe des Geschenkes, und zwar nach den Vorschriften, die für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gelten, fordern, und der Beschenkte sich der Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt des Schenkers erforderlichen Betrages entziehen kann[133]). Ebenso läßt das BGB. die Forderung Gierkes, im Gesetz weitere Widerrufsgründe zuzulassen, nicht ganz unberücksichtigt. Während im § 449 des ersten Entwurfs kasuistisch eine Anzahl bestimmter, von seiten des Beschenkten sich ereignender Angriffe wider die Gesundheit, die Freiheit, das Leben, die Ehre und das Vermögen als Widerrufsgründe namhaft gemacht werden, läßt der § 530 BGB. dem richterlichen Ermessen einen viel freieren Spielraum, indem er den Widerruf einer Schenkung ganz allgemein immer dann zuläßt, wenn der Beschenkte dadurch, daß er sich eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen seiner nahen Angehörigen zu Schulden kommen läßt, sich des groben Undankes schuldig macht. Andere Vorkommnisse, die nicht als grober Undank zu werten sind, sind dagegen auch im BGB. als Gründe für einen Schenkungswiderruf nicht anerkannt. In der Richtung der Vorschläge Gierkes bewegt sich weiter die Bestimmung des § 519, nach der der Schenker die Erfüllung eines schenk-

---

133) Ist jedoch die Bedürftigkeit des Schenkers von ihm vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt worden oder sind zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit bereits 10 Jahre seit der Leistung des Geschenkes verstrichen, so steht dem Schenker kein Anspruch auf Herausgabe des geschenkten Gegenstandes zu, § 529 Abs. 1. Der Anspruch ist ferner ausgeschlossen, wenn der Bechenkte durch die Rückgabe des Geschenkes seinen standesmäßigen Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährden würde, § 529 Abs. 2.

Beide Bestimmungen, sowohl die des § 528 als auch die des § 529, sind auch dem zweiten Entwurf unbekannt; erst die Reichstagskommission hat sie in das Gesetz aufgenommen.

weise eingegangenen Versprechens verweigern kann, soweit die Leistung bei Berücksichtigung seiner sonstigen Schulden seinen standesmäßigen Unterhalt oder die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten gefährden würde.

Was nun das Institut des „außerordentlichen Pflichtteils" oder der „Ergänzung des Pflichtteils", wie es das Gesetz nennt, selbst anlangt, so ist auch hier Gierke mit seinen Forderungen nicht durchgedrungen. Der Ergänzungsanspruch geht auch nach dem BGB. in erster Linie gegen den Erben und nicht, wie es Gierke fordert, gleichmäßig gegen den Erben und die Beschenkten. Nur wenn der Erbe zur Ergänzung wegen des eigenen Pflichtteilsanspruches[134]) oder wegen der beschränkten Erbenhaftung[135]) nicht verpflichtet ist, also z. B. bei fehlendem aktiven oder überschuldetem Nachlaß[136]), nicht aber bei Zahlungsunfähigkeit oder Unbelangbarkeit des Erben, kann der Pflichtteilsberechtigte den Beschenkten auf Herausgabe des Geschenkes in Anspruch nehmen[137]). Ebenso läßt das Gesetz für den bei Leistungsunfähigkeit des später Beschenkten eintretenden Ausfall den früher Beschenkten nicht haften. Ist mehreren Personen hintereinander eine Schenkung gemacht, so haftet gemäß § 2329 Abs. 3 der früher Beschenkte nur, soweit für den später Beschenkten keine Verpflichtung besteht. Ob der später Beschenkte zahlungsfähig ist oder nicht, ist gleichgültig. Es kommt nur auf seine Leistungspflicht, nicht auf seine Leistungsfähigkeit an. Dagegen ist das BGB. auf die Bedenken Gierkes, das neu ersonnene Institut würde zu weit in die Vergangenheit zurückgreifenden Streitigkeiten führen, insoweit eingegangen, als es nicht mehr, wie der erste Entwurf, jede Fristbestimmung ablehnt, sondern als einrechnungsfähige Schenkungen nur die ansieht, die innerhalb eines Zeitraumes von zehn Jahren vor dem Eintritt des Erbfalles gemacht sind, § 2325[138]). Erforderlich ist aber hier nicht mehr, daß derjenige, welcher den Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend machen will, bereits zu der Zeit lebte, als die Schenkung vorgenommen wurde[139]).

---

134) Siehe § 2328.
135) Siehe § 1990.
136) RG. JR. 27, 1040.
137) RG. 58, 124; 80, 135.
138) Diese Ausschlußfrist gilt nicht nur zugunsten des Erben, sondern auch zugunsten der Beschenkten, RG. 81, 204.
139) Der erste Entwurf bestimmt demgegenüber im § 2009: „Ist von dem Erblasser zu einer Zeit, in welcher der Pflichtteilsberechtigte bereits vorhanden und entweder pflichtteilsberechtigt war oder infolge des Wegfallens einer oder mehrerer anderer Personen pflichtteilsberechtigt werden konnte, eine Schenkung an einen anderen als den Pflichtteilsberechtigten gemacht, so hat der Erblasser den Pflichtteil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre.
Als bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und zu dieser Zeit pflichtteilsberechtigt gilt auch der Abkömmling, welcher aus einer zur Zeit der Schenkung

Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge eines nationalsozialistischen Erbrechts.

Allgemeiner Charakter eines nationalsozialistischen Erbrechts.

§ 24.

Ist somit gezeigt, in welchem beschränkten Umfange das Erbrecht des BGB. gerade in den für seine Grundhaltung entscheidenden Punkten die Auffassungen und Forderungen Gierkes berücksichtigt, so sind an dieser Stelle die Forderungen darzustellen, die der Nationalsozialismus an die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge stellt[1]).

Es bedarf keiner weitläufigen Erörterungen darüber, daß die nationalsozialistische Rechtserneuerung vor dem BGB. und vor allem vor seinem Erbrecht nicht haltmachen darf[2]). Denn ganz besonders auf dem Gebiete des Erbrechts findet die nationalsozialistische Auffassung, daß alles Recht aus dem Bewußtsein des Volkes und der Rasse entspringen muß, ihre stärkste Berechtigung. Nun war aber gerade die Verschmelzung zweier so verschiedener Rechte, wie das römische und das deutsche sind, auf diesem Rechtsgebiet eine so unglückliche, daß sie weit entfernt ist von dem Ideale eines Erbrechts wie es dem deutschen Volke heute vorschwebt.

Steht im Vordergrund der nationalsozialistischen Rechtserneuerung die Verwirklichung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens, die Verwirklichung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigen-

---

bereits geschlossenen formgültigen Ehe des Erblassers oder von einem zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers abstammt".

Im Gegensatz hierzu kennt auch der zweite Entwurf eine Fristbestimmung, setzt die Frist aber auf fünf Jahre fest.

1) Demgegenüber war das Zwischenreich von Weimar, wie wir bei der Darstellung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes gesehen haben, nicht imstande, auch nur ein einzelnes Institut den Forderungen der Zeit entsprechend zu regeln. Trotzdem die Verfassung im Art. 154 dem Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der Gestaltung des Erbrechts als auch des Anteiles „des Staates am Erbgut" freie Hand ließ und nur bestimmte, daß das Erbrecht „nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet" wird und der „Anteil des Staates am Erbgut" sich nach den Gesetzen bestimmt, hat man sich nicht zu einer Reform der durch und durch privatkapitalistischen und individualistischen Erbrechtsordnung des BGB. entschließen können. Nur soweit es sich im Art. 154 um den „Anteil des Staates am Erbgut" handelt, hat der Gesetzgeber des Weimarer Staates im Erbschaftssteuergesetz vom $\frac{\text{10. September 1919}}{\text{22. August 1925}}$ Eingriffe in den vorherigen Rechtszustand vorgenommen, die aber eben außerhalb des BGB. liegen, infolge der Höhe der Erbschaftssteuer aber ganz erhebliche Eingriffe in die Rechte des Einzelnen darstellten.

2) Vgl. Dölle, Zeitschr. d. Akad. f. D. R., 1937 S. 361 und Schlegelberger a. a. O., insbesondere S. 15: „Das BGB. ist ein Stück der Vergangenheit, das beschleunigter Ablösung bedarf".

nutz"[3]), so gilt es, wie auf allen anderen Einzelgebieten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, auch im Erbrecht den Bruch mit dem übersteigerten Individualismus und Materialismus herbeizuführen, die auf diesem Rechtsgebiet zum Teil noch schärfer hervortreten als im Recht unter Lebenden. Es gilt das Erbrecht wieder zu einem Teil des Familienrechts zu machen und seine Wurzeln aus dem Verkehrs- und Vermögensrecht des einzelnen zu lösen. Der einzelne darf künftig nicht mehr als „Alleinherrscher der Gegenwart", sondern muß als „Mittler zwischen Vergangenheit und Zukunft"[4]) gewertet werden.

Aus einer solchen Auffassung folgt mit Notwendigkeit, daß übereinstimmend mit Gierkes Forderung auch im künftigen Erbrecht die gesetzliche Erbfolge vor der gewillkürten ihren Platz finden wird. Weiter aber ergibt sich aus einer solchen Einstellung, daß die gesetzliche Erbfolge aus der ihr vom BGB. zugedachten Stellung eines „Lückenbüßers" und „Nothelfers" herausgenommen und zum Vorbild der gewillkürten Erbfolge ausgebaut werden muß. Nicht nur der äußeren Anordnung nach, sondern auch im Sinne der Ausführungen Gierkes muß im künftigen Erbrecht die gesetzliche Erbfolge die Regel und die gewillkürte Erbfolge die Ausnahme bilden. Der gewillkürten Erbfolge darf nur die Aufgabe zugewiesen werden, „gegenüber der allgemeinen gesetzlichen Regel die Lage des Einzelfalles zu beachten, gegenüber dem Erbrecht einer Durchschnittsfamilie das Erbrecht d i e s e r Familie zu verwirklichen und die allgemeine Gerechtigkeit mit der konkreten Billigkeit zu erfüllen"[5]).

Wird sich die künftige Erbrechtsordnung zu einer solchen Maßnahme entschließen, so kann sie auch die auf Grund der gesetzlichen Erbfolge berufenen Erben nicht nur dann als gesetzliche Erben bezeichnen, wenn der Erblasser, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen, gestorben ist, sondern von gesetzlichen Erben auch dann sprechen, wenn sich beim Tode des Erblassers eine solche Verfügung vorfindet.

Erster Abschnitt.

Erbfolge.

§ 25.

Dem Vorschlage Gierkes entsprechend wird wohl das künftige Erbrecht davon absehen können, seinen ersten Abschnitt mit einer

3) Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Vorwort.
4) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935, S. 11; Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 5 b.
5) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935, S. 12; vgl. auch Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 6 a. E.

Reihe allgemeiner Vorschriften zu beginnen. Jedenfalls hat sich kaum ein Bedürfnis gezeigt, über den Rahmen des BGB. hinauszugehen und weitere Bestimmungen allgemeiner Art zu geben[6]).

Dagegen wird man der Auffassung Gierkes insoweit nicht folgen können, als er die Erbfolge im Sinne der reinen Parentelenordnung geregelt wissen will. Denn sie bringt die Gefahr einer zu großen Zersplitterung des Nachlasses mit sich, sie führt zu einer verschiedenartigen Behandlung gleich naher Erben und ist nicht geeignet, den Abgang des Familiengutes in eine andere Familie zu verhindern. Das Ziel einer dem deutschen Rechtsdenken entsprechenden Erbfolgeordnung aber ist es gerade, die Erbmasse der Familie zu erhalten, in der sie erworben worden ist und auf eine gerechte Verteilung des Erbgutes unter die Familienangehörigen hinzuwirken[7]).

In Abweichung von der Regelung des BGB., aber hier in Übereinstimmung mit Gierkes Ansicht, wird als Folge der Betonung des Blutsgedankens durch den Nationalsozialismus künftig grundsätzlich auch eine Teilnahme des unehelichen Kindes am Nachlaß des außerehelichen Vaters erstrebenswert sein. Als maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Ausgestaltung der Anteilnahme des unehelichen Kindes an der väterlichen Hinterlassenschaft darf aber dann nicht nur der der Blutsverbundenheit in Erwägung gezogen werden, außer acht bleiben dürfen gleichfalls nicht die durch die Ehe und die Volksgemeinschaft bestehenden Bindungen.

Dies vorausgeschickt ist zunächst die Frage zu erörtern, ob es bezüglich des Erbrechts des unehelichen Kindes gegenüber seiner Mutter und deren Verwandten im Gegensatz zu Gierkes Auffassung bei dem heutigen Rechtszustande verbleiben soll oder ob eine solche Regelung nationalsozialistischem Rechtsdenken widerspricht. M. E. besteht keine Veranlassung, die Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen in der Familie der Mutter aufzuheben. Entgegen ausländischem Rechtsdenken ist die vollkommene Gleichstellung der unehelichen Kinder in der Familie der Mutter „eine jahrhundertealte d e u t s c h e Rechtssitte"[8]), über die wir uns heute nicht einfach hinwegsetzen können, sondern die wir zu beachten haben, und deren Beseitigung daher ernsthaft nicht ge-

---

6) Berührt wird hiermit nicht die Frage, ob es wünschenswert ist, entsprechend dem Vorgange des Reichserbhofgesetzes, die Grundgedanken der Erbrechtsordnung als Einleitung voranzustellen. Diese Frage steht außerhalb des Rahmens unserer Erörterungen und bedarf daher hier auch keiner Beantwortung. Erwähnt sei aber, daß der Vorsitzende des Erbrechtsausschusses der Akademie bereits einen Entwurf eines Vorspruchs zum Erbrecht veröffentlicht hat.

7) Vgl. Böhmer in der Jung-Festschrift S. 55, 56. Wie die Parentelenordnung im einzelnen umzugestalten sein wird, darüber siehe unten S. 64 ff.

8) Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 16 S. 129. Vgl. hierzu und zum Folgenden jetzt auch den Aufsatz von Böhmer im Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1937, insbesondere S. 87 ff.

fordert werden kann. Nur wenn es sich um ein uneheliches Kind handelt, das aus einer Geschlechtsverbindung seiner deutschen Mutter mit einem Juden entsprungen ist, wäre die Regelung des BGB. abzuändern[9]). In diesem Falle wäre dem unehelichen Kinde ein Erbrecht zu mindesten gegenüber den Verwandten zu versagen[10]).

Was nun das Verhältnis des unehlichen Kindes gegenüber seinem Vater anlangt, so wird auch das künftige Erbrecht entsprechend der Ansicht Gierkes vielleicht eine unterschiedliche Regelung treffen müssen für Brautkinder und solche Uneheliche, die in Blutschande oder im Ehebruch erzeugt sind[11]). Darüber hinaus wird möglicherweise im einzelnen die Teilnahme des unehelichen Kindes am väterlichen Nachlaß davon abhängig zu machen sein, ob das Kind in die Familie seines Erzeugers aufgenommen ist oder ob eine solche Aufnahme nicht stattgefunden hat, insbesondere deswegen, weil es hierfür keine Eignung besitzt.

Nicht geeignet in die väterliche Familie aufgenommen zu werden, sind nun aber die im Ehebruch erzeugten Kinder. Denn ihre Aufnahme würde das friedliche Zusammenleben der Ehegatten erneut gefährden und überdies eine Kränkung der Ehefrau bedeuten. Das Letztere aber gilt auch dann, wenn man sie nach dem Tode des Ehemannes an dessen Nachlaß teilhaben läßt. Infolgedessen müßte ihnen ein Erbrecht am Nachlaß ihres außerehelichen Vaters abgesprochen werden. Dagegen kann es fraglich erscheinen, ob auch den in Blutschande erzeugten Kindern ein Erbrecht gegenüber ihrem Vater zu versagen wäre. Diese werden „in praxi meist, um den sittlichen Makel ihrer Geburt zu verdecken, in der Familiengemeinschaft erzogen und unterhalten. Diese Tatsache beim Tode des Vaters rückwärts zu revidieren, würde in der Regel mehr Unheil als Segen stiften"[12]). Sind sie dagegen nicht in die väterliche Familie

9) Gierke freilich sind rassische Gesichtspunkte noch vollkommen fremd. Nirgends in seiner Kritik legt er einer seiner Forderungen den Rassegedanken zugrunde.

Eine Änderung hat die Regelung des BGB. heute bereits durch das Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5. 11. 1937 (RGBl. I S. 1161) erfahren. Danach kann auch eine uneheliche Person, die auf Grund des § 2 des Gesetzes vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 480) der deutschen Staatsangehörigkeit für verlustig erklärt worden ist, nichts von ihrer Mutter, falls diese die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, von Todes wegen erwerben, § 1 Abs. 1. Um zu verhindern, daß das in Abs. 1 ausgesprochene Verbot des Erwerbes von Todes wegen durch Schenkungen unter Lebenden umgangen wird, sieht der Abs. 3 des § 1 weiter vor, daß solche Schenkungen einer deutschen Mutter zugunsten ihres ausgebürgerten Kindes verboten sind.

10) Wegen der Änderungen, die das Erbrecht des unehelichen Kindes seiner Mutter und deren Verwandten gegenüber infolge der Umgestaltung der Parentelenordnung erfahren wird, siehe unten S. 66 f.

11) Abzulehnen ist daher schon aus diesem Grunde der Entwurf Bechert/Cornelius (D. R., 1934 S. 422), der eine solche Unterscheidung nicht kennt.

12) Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 21 S. 132.

aufgenommen, so wären sie mit den im Ehebruch erzeugten Kindern gleichzustellen.

Gewährt man den aus einer rasseschänderischen Verbindung hervorgegangenen Kindern kein Erbrecht gegenüber ihrer deutschen Mutter, so müßte das gleiche gelten hinsichtlich des Erbrechts solcher unehelichen Kinder gegenüber ihrem deutschen Vater. Ist der Vater ein Deutscher, die Mutter aber eine Jüdin, so dürfte dem aus einer Geschlechtsverbindung beider entsprossenen unehelichen Kinde nur ein Erbrecht gegenüber seiner Mutter, nicht aber auch gegenüber seinem außerehelichen Vater zugesprochen werden.

Auf der anderen Seite steht die große Anzahl der unehelichen Kinder, die sich zwar zur Aufnahme in die Familie des Erzeugers eignen, die aber, wie es heute meistens der Fall ist, nicht in die väterliche Familie aufgenommen werden. Bei ihnen wird sich das künftige Erbrecht darauf beschränken müssen, ihnen über die Bestimmung des § 1712 Abs. 1 und 2 hinaus den Unterhaltsanspruch sicherzustellen, und zwar dergestalt, daß ihnen „bis zur Volljährigkeit als Kapitalabfindung der Pflichtteil eines ehelichen Kindes zugesprochen" wird[13]). Der Entwurf Bechert/Cornelius will dem unehelichen Kinde den Anspruch auf den Pflichtteil erst nach den ehelichen Abkömmlingen, jedoch vor den Verwandten aufsteigender Linie gewähren[14]). Eine solche Zurücksetzung des unehelichen Kindes ist m. E. nicht gerechtfertigt. Vielmehr müßte man ihm den Pflichtteil neben den ehelichen Abkömmlingen zuerkennen.

Nach den von uns gemachten Vorschlägen[15]) würde dies bedeuten, daß künftig auch dieser Gruppe von unehelichen Kindern grundsätzlich ein Anteil am Nachlaß des außerehelichen Vaters gewährt werden müßte. So weit aber wird man nicht gehen dürfen. Nimmt das uneheliche Kind an der Familiengemeinschaft seines Erzeugers nicht bei dessen Lebzeiten teil, so erscheint eine solche Teilnahme auch nach dem Tode des Vaters nicht gerechtfertigt[16]). Ihnen wird man daher nur einen Anspruch auf eine Geldleistung zusprechen dürfen[17]).

Endlich bleibt noch die Frage zu erörtern, wie die in die väterliche Familie aufgenommenen Kinder und die Brautkinder in erb-

13) Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 23 S. 133.

14) Siehe § 1712 des Entwurfs.

15) Siehe die Ausführungen über das Pflichtteilsrecht unten S. 87.

16) Vgl. Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 23 S. 133.

17) Läßt das künftige Unehelichenrecht die exceptio plurium fallen und nimmt es dafür die mehreren Beihälter, die der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt haben, als Gesamtschuldner für den Unterhalt in Anspruch, so ist es selbstverständlich, daß ein solches Mehrverkehrskind, dessen biologische Abstammung von einem der Unterhaltungspflichtigen nicht amtlich festgestellt werden kann, auch von jeder Erbberechtigung auszuschließen ist", (Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 24 S. 133, 134).

rechtlicher Hinsicht zu stellen sind. Da die ersteren mit den ehelichen Abkömmlingen in der Familie des Vaters aufwachsen, erscheint es nicht mehr als recht und billig, sie auch nach dem Tode des Vaters hinsichtlich der Teilnahme an seiner Hinterlassenschaft mit den ehelichen Kindern völlig gleichzustellen[18]). Teilhaben aber dürfte, wie gesagt, das uneheliche Kind nur an der Hinterlassenschaft seines Vaters. Gegenüber den Verwandten seines Erzeugers wäre ihm dagegen ein Erbrecht zu versagen.

Was nun endlich die Brautkinder anlangt, so fallen diese, falls sie in die Familiengemeinschaft ihres Erzeugers aufgenommen sind, unter die im vorstehenden Abschnitt behandelte Gruppe unehelicher Kinder und es würde ihnen daher ein Erbrecht in dem dort bezeichneten Umfange zu gewähren sein. Sind sie dagegen nicht in die väterliche Familie aufgenommen, so sprechen die oben erörterten Erwägungen dafür, diesen ihren Erbteil auf einen Geldanspruch zu beschränken[19]).

Es ist bereits am Eingang dieses Abschnitts betont, daß das nationalsozialistische Erbrecht die Erfolge nicht im Sinne der reinen Parentelenordnung zu regeln haben wird. Weiter ist gezeigt, daß das BGB. die Forderung Gierkes, das Repräsentationsprinzip auch über die zweite Parentel hinaus in den ferneren Ordnungen zuzulassen, insoweit berücksichtigt hat, als es dieses Prinzip auch in der dritten Ordnung zur Durchführung bringt. Die Frage nun, ob das künftige Erbrecht dieses Prinzip auch in den ferneren Ordnungen vorschreiben wird, erledigt sich durch die Tatsache, daß die gesetzliche Erbfolge künftig ihre Grenze bei der dritten Ordnung finden müssen wird. Darüber hinaus wird aber das nationalsozialistische Erbrecht, will es den gerade mit dem für die Parentelenordnung charakteristischen Eintrittsrecht verbundenen Nachteil einer zu großen Vermögenszersplitterung beseitigen, im Verhältnis zum BGB. wieder einen Schritt zurücktun und zu einer „Begrenzung des Eintrittsrechts des Stammes"[20]) in der dritten Ordnung kommen müssen. Wo die Grenze zu ziehen sein wird, kann freilich fraglich erscheinen. M. E. wird sie bei den Vettern und Basen gezogen werden müssen. Auf diese Verwandte wird aber das Erbfolgerecht noch auszudehnen sein[21]).

---

18) Übereinstimmend Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 22 S. 132.

19) Ein Erbrecht des unehelichen Kindes befürworten ferner: Doerner a. a. O., S. 55; Palandt a. a. O., S. 51 ff.; Usadel a. a. O., S. 22. Möhle a. a. O., S: 281, 3, wünscht für Brautkinder ein Vollerbrecht; ebenso Eichler a. a. O., S. 270.

20) Böhmer in der Jung-Festschrift S. 60.

21) In der zweiten Parentel dagegen wird man das Eintrittsrecht des Stammes beizubehalten haben, mithin insoweit von der Regelung des BGB. nicht abweichen dürfen. „In dieser wird ohnehin einer allzu weiten Ausdehnung auf entferntere

Nicht bei der vierten Ordnung, wie es Gierke fordert, wird man also die Grenze ziehen müssen, nach unserer Auffassung hat ein gesetzliches Erbrecht schon in der dritten Ordnung nach den Vettern und Basen keinen gesunden Boden. Abgesehen von dem Nachteil einer allzu großen Nachlaßzersplitterung, der mit einem Erbrecht der entfernteren Verwandten verbunden ist, ist auch zwischen diesen Verwandten[22]) und dem Erblasser der Familienzusammenhang bereits so stark gelockert, daß sie, abgesehen von der blutsmäßigen Zugehörigkeit zur Familie wohl meistens kaum noch zum Familienverbande zu zählen sind. Da sie in der Regel jeglichen äußeren Zusammenhang mit der Familie verloren haben, hat der Erblasser von ihrem Vorhandensein nicht selten keinerlei Kenntnis mehr, ja sie können nach seinem Tode sehr oft erst durch Aufrufen in den Zeitungen, womöglich gar in denen des Auslandes ausfindig gemacht werden. Ein gesetzliches Erbrecht dieser Blutsverwandten ist vom nationalsozialistischen Standpunkt aus verfehlt. An ihre Stelle wird vielmehr das Reich als gesetzlicher Erbe treten müssen. „Denn ferneres Blut darf niemals vor der Volksgemeinschaft gehen. Die Volksgemeinschaft ist das Höchste, dann kommt die Blutsgemeinschaft und dann erst der einzelne"[23]). Es ist also der Gemeinschaftsgedanke, der die Blutsverwandten, die durch kein gehaltvolles Familienband mehr mit dem Erblasser verbunden sind, von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, und der an ihrer Stelle den Staat gesetzlichen Erben werden läßt.

Weiter aber wird man nicht gehen dürfen. Nicht ratsam erscheint es, innerhalb der dritten Ordnung schon vor den Vettern und Basen die Grenze zu ziehen und etwa nur für Onkel und Tanten oder Großeltern des Erblassers ein gesetzliches Erbrecht zuzulassen. Danach wird man sich also insbesondere auch nicht die

---

Elternabkömmlinge durch die normale Lebensdauer des Menschen eine natürliche Grenze gesetzt", (Böhmer in der Jung-Festschrift S. 60, 61).

Abzulehnen sind daher die von Metzner a. a. O., S. 13, 140 gemachten Vorschläge. Danach sollen nur die beim Eintritt des Erbfalls lebenden Kinder zu gleichen Teilen erben, die Abkömmlinge bereits verstorbener Kinder des Erblassers aber nur als Nacherben der Abkömmlinge ersten Grades behandelt werden. In der zweiten Ordnung will Matzner die Eltern des Erblassers untereinander als Ersatzerben berufen, so daß die Geschwister des Verstorbenen erst dann erben, wenn kein Elternteil mehr lebt. Sind die Eltern vor dem Erbfalle gestorben, aber Geschwister und Abkömmlinge bereits verstorbener Geschwister vorhanden, dann sollen „die Geschwister z. T. als Vollerben, z. T. als Vorerben nach den für die erste Ordnung vorgeschlagenen Grundsätzen" erben. Großeltern wieder will er zu gleichen Teilen erben lassen und sie ohne Rücksicht auf ihre Zusammengehörigkeit als Ersatzerben untereinander berufen wissen.

22) Abgesehen von den Urgroßeltern, für die aber schon aus dem Grunde kein Erbrecht zu befürworten ist, weil mit seiner Zulassung praktisch doch wieder die Erbfolge auf die gesamte vierte Parentel erstreckt würde, (vgl. Staudinger-Böhmer, Zweites Kapitel, § 9 II, S. 50).

23) Palandt a. a. O., S. 35.

beiden Entwürfe aus den Jahren 1908 und 1913 zum Vorbild nehmen dürfen. Soweit Vettern und Basen des Erblassers vorhanden sind, besteht in der Regel auch eine wirkliche Familiengemeinschaft[24]). Die wenigen Ausnahmefälle, in denen dies nicht zutrifft, wird man in Kauf nehmen müssen. Nicht gänzlich wird es sich vermeiden lassen, daß das Gesetz einmal lachenden Erben den Nachlaß in den Schoß wirft.

Der zweite Nachteil, den die Parentelenordnung mit sich bringt, nämlich die verschiedenartige Behandlung von Erben, die zum Erblasser gleich nahestehen, „liegt gleichfalls in der Ausgestaltung des Eintrittsrechts"[25]). Es berührt uns heute eigenartig und ist mit dem durch den Nationalsozialismus begründeten Schutz kinderreicher Familien unvereinbar, daß beispielsweise bei dem Tode des Erblassers dessen 10 Enkel, die von einem seiner beiden vorverstorbenen Söhne abstammen, nur ebensoviel erhalten wie der eine Enkel seines anderen Sohnes. Doch ist es überaus schwer, diese Unzulänglichkeit unseres heutigen Rechts durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen. In Frage hierfür käme nur eine Wiedereinführung der Kopfteilung. Nicht zu übersehen ist nun aber, daß einer Rückkehr zur Kopfteilung erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen[26]). Es wird daher sorgfältiger gesetzgeberischer Prüfung bedürfen, ob es bei dem heutigen Rechtszustande verbleiben, oder ob man sich vor allem im Interesse kinderreicher Familien zu einer Wiedereinführung der Kopfteilung entschließen soll.

Einzugehen bleibt endlich noch auf die dritte Gefahr, die die Parentelenordnung mit sich bringt, nämlich die Gefahr des Abwanderns des Familiengutes in eine fremde Familie. Diese wird dadurch herbeigeführt, daß die halbbürtigen Verwandten den vollbürtigen nur in der Erbquote, nicht aber in der Erbberechtigung nachgehen. Allerdings wird man nicht soweit gehen dürfen, den vollbürtigen Verwandten in jedem Falle eine Vorrangstellung vor den halbbürtigen Verwandten einzuräumen. Dies erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn in einer Parentel nur noch halbbürtige Verwandte vorhanden sind. Denn treffen in einer Ordnung vollbürtige und halbbürtige Verwandte zusammen, so entspricht die Regelung des BGB., nach der die halbbürtigen Verwandten den vollbürtigen nur in der Erbquote nachgehen, unserem heutigen

24) Demgegenüber fordern Möhle a. a. O., S. 282 und Matzner a. a. O., S. 139 eine Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts auf die Großeltern. Dagegen will auch Palandt a. a. O., S. 35 noch die Vettern und Basen als gesetzliche Erben zulassen. Vogels, D. R., 1935 S. 274 wieder billigt die Erstreckung der gesetzlichen Erbfolge auf die gesamte dritte Parentel; darüber hinaus könnten nach seiner Ansicht sogar noch die Urgroßeltern umfaßt werden.

25) Böhmer in der Jung-Festschrift S. 61.

26) Auf diese soll hier nicht näher eingegangen werden; sie führt besonders Böhmer (Jung-Festschrift) S. 63 f. im einzelnen auf.

Rechtsempfinden und bedarf daher keiner Abänderung. Anders ist es dagegen, wenn eine Parentel nur noch halbbürtige lebende Verwandte aufweist. Hier widerspricht es dem Volksempfinden, daß diese die vollbürtigen Verwandten der nächsten Parentel völlig von der Erbfolge ausschließen. Entsprechend dem Vorschlage Böhmers[27]) würde daher „in diesen Fällen die Regel des ALR. II 2 §§ 493, 494, die zwischen halbbürtigen Geschwistern und Geschwisterabkömmlingen einerseits und weiteren Voreltern und deren Nachkommenschaft anderseits, also zwischen der zweiten und dritten Parentel, den Nachlaß je zur Hälfte teilte, nicht nur nachahmenswert sein, sondern vielleicht sogar eine Ausdehnung auf das Verhältnis der ersten zur zweiten Parentel und den großelterlichen Linien verdienen."

Wie wir bei der Darstellung seiner Kritik gesehen haben, ist Gierke nicht soweit gegangen, eine unterschiedliche Regelung zu fordern, für die Verwandten, die deutschen Blutes und die Verwandten, die fremden Blutes sind. Auch das künftige gesetzliche Erbrecht wird m. E. keine Bestimmung des Inhalts treffen dürfen, daß nur die ersteren als gesetzliche Erben berufen, die letzteren aber von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind[28]). Wohl ist Mittelpunkt allen nationalsozialistischen Rechtsdenkens der Schutz und die Erhaltung des Volkes und damit in erster Linie der Rasse Den Ausgleich zu schaffen in den Fällen, in denen Fremdrassige mit Deutschstämmigen als Erben zusammentreffen, wird aber nicht das Erbrecht, sondern das Erbschaftssteuerrecht am besten geeignet sein[29])[30]). Das gleiche gilt dann, wenn Ausländer mit Inländern als Erben konkurrieren[31]). Ebenso wird in Übereinstimmung mit Gierkes Ansicht das gesetzliche Erbrecht keine Rücksicht darauf nehmen dürfen, ob der Erbe mit dem Erblasser verfeindet oder befreundet ist, ob der Erbe ein Hausgenosse des Erblassers ist oder nicht. „Denn das gesetzliche Erbrecht beruht nicht auf dem vermuteten Wohlwollen des Erblassers, sondern ohne Rücksicht darauf auf dem Blute, auf der Bindung, nicht der Freiheit des Erblassers"[32]).

---

27) Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 d, 17 S. 131.

28) Auch nach Eißer a. a. O., S. 29 wird man für das gesetzliche Erbrecht rassische Voraussetzungen nicht aufstellen.

29) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 21.

30) Nicht unerwähnt soll hier bleiben, daß das Amtsgericht Leipzig in seinem Urteil vom 29. 9. 1936 (Deutsche Justiz 1936 S. 1579 f.) die Erbeinsetzung eines Juden für nichtig erklärt hat. Zu demselben Ergebnis würde man nach den von uns gemachten Vorschlägen (unten S. 85) kommen können, da eine solche Verfügung nichtig oder doch zu mindesten anfechtbar sein würde.

31) Die gleiche Aufgabe wie sie hier dem Erbschaftssteuerrecht zugewiesen wird hat heute ja auch das Devisenrecht inne; vgl. z. B. Reichssteuerbl., 1936 S. 972.

32) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935, S. 20.

In das Erbschaftssteuerrecht zu verweisen ist ferner die Frage, ob kinderreiche Erben gegenüber kinderlos verheirateten, verheiratete gegenüber unverheirateten bevorzugt werden sollen. Gierke sind, wie wir gesehen haben, diese Gesichtspunkte noch fremd; erst eine zielbewußte Bevölkerungspolitik, wie sie der Nationalsozialismus eingeleitet hat, kann sie hervortreten lassen.

Bereits verwirklicht durch die nationalsozialistische Rechtserneuerung ist dagegen die Forderung Gierkes, für ländliche Grundstücke eine besondere Folgeordnung vorzuschreiben, und zwar durch das Reichserbhofgesetz vom 29. Sept. 1933, das einen Vorgänger in dem am 15. Mai 1933 ergangenen preußischen Erbhofrechtsgesetz hat. Danach unterliegt einer besonderen Folgeordnung land- oder forstwirtschaftlich genutztes Grundeigentum[33]), wenn es mindestens die Größe einer Ackernahrung hat und sich im Alleineigentum einer bauernfähigen Person befindet, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1. Beim Tode des Bauern bildet der Erbhof hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilung einen besonderen Teil der Erbschaft, § 19 Abs. 1, und geht kraft Gesetzes ungeteilt auf den Erben über, § 19 Abs. 2.

Über das Reichserbhofgesetz hinaus die Erbfolge in Boden anders auszugestalten als die in bewegliche Sachen, insbesondere den Boden nur im Mannesstamme weiterzugeben, dürfte kein Bedürfnis vorhanden sein. Eine dahingehende Forderung hat, wie wir gesehen haben, auch Gierke nicht aufgestellt. Abgesehen vom Erbhof bildet der Boden des öfteren keine wirtschaftliche Einheit[34]). In den Fällen aber, in denen es sich um eine solche handelt, genügt es, dem Richter die Befugnis zu geben, eine unwirtschaftliche Zersplitterung zu verhindern[35]). Dasselbe muß dann gelten, wenn zu dem Nachlaß ein Fabrikbetrieb gehört[36]). Denn es widerspricht der heutigen Volksanschauung, wenn ein solcher Betrieb, durch den eine Anzahl von Volksgenossen Arbeit und Brot erhält, durch Erbgang zersplittert wird und dadurch zum Stillstand kommt. Auch Gierke wendet sich dagegen, daß nach dem Entwurf das Nachlaßgericht auf Antrag eines Miterben nur eine rein vermittelnde Tätigkeit ausüben und ein konstitutives Teilungsurteil ausgeschlossen sein soll[37]).

Was nun endlich die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Erbrecht anlangt, so ist auch hier unumstritten, daß die Regelung des BGB. nationalsozialistischen Anforderungen nicht gerecht wird. Wie jedoch die Rechte des Überlebenden in Zukunft aus-

33) Siehe aber auch § 6 RErbhG.
34) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 19.
35) Vgl. auch Böhmer in der Jung-Festschrift S. 50.
36) Vgl. hierzu Wieacker a. a. O., S. 278, 279.
37) S. 564.

zugestalten sein werden, darüber gehen freilich heute die Ansichten noch weit auseinander. Ohne die Frage zu berühren, ob unser gesetzliches eheliches Güterrecht beibehalten werden kann oder nicht und ohne die in der Ehe vorhandenen verschiedenen Vermögensmassen zu berücksichtigen, wird in einer Reihe von Erneuerungsvorschlägen der von Gierke vertretene Gedanke der Gewährung einer Nutznießung für den überlebenden Ehegatten wieder aufgegriffen.

So befürwortet Dölle[38]), um die Vermögenssubstanz der Familie zu erhalten, für den überlebenden Gatten eine lebenslängliche Nutznießung an der Erbschaft.

Auch Kübler[39]) ist der Meinung, daß es vielleicht genügen würde, wenn man dem überlebenden Gatten den Nießbrauch am Nachlaß des verstorbenen Gatten einräumen würde. Die Entscheidung hänge davon ab, ob man eine zweite Ehe für wünschenswert halte oder nicht. Denn lasse man den Nießbrauch mit der Wiederverheiratung erlöschen, so würden sich dadurch viele Witwer und Witwen von der Eingehung einer zweiten Ehe abhalten lassen.

Das gesetzliche Erbrecht des BGB. will ferner Gfrörer[40]) für den kinderlos überlebenden Ehegatten durch eine lebenslängliche Nutzung ersetzt wissen, die jedoch im Falle seiner Wiederverheiratung erlöschen müßte. Denn deutschem Rechtsempfinden widerspreche es, wenn der Ehegatte auf Grund des gesetzlichen Erbrechts und mehr noch durch die Testierfreiheit in die Lage gesetzt werde, fast regelmäßig das gesamte Vermögen des verstorbenen Ehegatten dessen Familie zu entziehen, mit der er blutsmäßig nicht verbunden sei.

Als gesetzliches Ehegattenerbrecht verdient auch nach Merks[41]) Ansicht die im älteren deutschen Recht bewährte Nutznießung des überlebenden Gatten an der Hälfte des Nachlasses den Vorzug.

Desgleichen will Matzner[42]) dem überlebenden Ehegatten neben Kindern nur die Nutznießung an einem bestimmten Teil, und zwar der Hälfte, gewähren. Neben Eltern müßte dagegen der überlebende Gatte zur Hälfte und neben Geschwistern des Erblassers allein als gesetzlicher Erbe berufen sein.

Böhmer[43]) dagegen will dem überlebenden Ehegatten an Stelle des Nießbrauchs die mit der Vorerbschaft verbundene freiere Rechtsstellung gewähren, und zwar neben Abkömmlingen des Erb-

38) Schmollers Jahrbuch 1933 S. 674.
39) A. a. O., S. 89.
40) A. a. O., S. 154.
41) A. a. O., S. 89.
42) A. a. O., S. 140.
43) Jung-Festschrift S. 66 ff.

lassers im Höchstfalle an der Hälfte des hinterlassenen Vermögens, neben Verwandten der zweiten Ordnung aber an der gesamten Hinterlassenschaft. Erbt der überlebende Gatte mit Großeltern zusammen, so soll es bei der heutigen Regelung verbleiben, nach der ihm die Hälfte des Nachlasses zugesprochen wird[44]). Nur müßten beim Tode der Großeltern die ihnen angefallenen Anteile „auf den Ehegatten als Nacherben übergehen." Daneben verlangt Böhmer weiter für den überlebenden Ehegatten ein Vorerbenrecht an dem gesamten Hausrat, und zwar in Abweichung von der Bestimmung des § 1932 selbst dann, wenn der Erblasser Abkömmlinge hinterlassen hat. Dem überlebenden Gatten will er aber die Verpflichtung auferlegen, den aus dem elterlichen Haushalt ausscheidenden Abkömmlingen die Gegenstände, die für die Fortführung seines standesmäßigen Haushalts entbehrlich sind, herauszugeben.

Demgegenüber wird von anderer Seite[45]) die Auffassung vertreten, daß man, wenn unbewegliches Gut oder Kapitalvermögen vorhanden sei, auch künftig darauf vertrauen müsse, „daß die Beteiligten — recht beraten — durch Errichtung eines die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigenden Testaments ihre Angelegenheiten zweckentsprechend besorgen." Für die Mehrzahl der Fälle dagegen, in denen nur bewegliche Habe vorhanden sei, dürfte es ausreichend sein, in Anlehnung an das deutsche Recht die Vorschrift des § 1932 dahin zu erweitern, „daß dem Ehegatten auch bei der Berufung neben Kindern die fahrende Habe — oder doch die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände — zugewiesen werden." Der überlebende Ehegatte dürfe künftig nicht mehr verpflichtet sein, sich hinsichtlich der unentbehrlichen Einrichtungsgegenstände, an denen er ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse mit dem verstorbenen Gatten gemeinschaftlich die Nutzung gehabt habe, mit den Kindern oder gar den Stiefkindern auseinanderzusetzen[46]). Der Gedanke einer Nutznießung für den überlebenden Ehegatten wird hier also scheinbar nicht vertreten.

Gegen einen lebenslänglichen Nießbrauch des überlebenden Ehegatten am Ehevermögen wendet sich auch Lehnsen[47]). Unserer deutschen Anschauung entspreche vielmehr, daß man der Witwe, die ihren Lebensgefährten und Ernährer verloren habe, die Möglichkeit gewähre, mit einem Bruchteil des hinterlassenen Vermögens (je nachdem ⅓ oder ½)[48]) sich eine Existenz zu gründen und ein neues Leben aufzubauen.

---

44) Siehe § 1931.
45) Bode a. a. O., S. 1409.
46) Vgl. hiermit besonders den Vorschlag von Böhmer.
47) A. a. O., S. 104, 105.
48) Ein Drittel der Erbschaft sei dem Ehegatten zu gewähren, wenn er neben Verwandten der ersten Ordnung gesetzlicher Erbe sei.

M. E. ist bei der Reform des Ehegattenerbrechts davon auszugehen, daß die Frage der Änderung des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Gatten nicht unberührt lassen kann die Frage der Änderung des ehelichen Güterrechts. Denn es ist für die Familie als Blutquelle des Volkes und Urzelle des Staates in erbrechtlicher Hinsicht nicht gleichgültig, ob es der Gesetzgeber bei dem jetzigen gesetzlichen Güterrecht, dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung des Mannes, bewenden läßt, oder ob er dem hinterbliebenen Ehegatten schon während der Ehe einen Anteil an dem in der Ehe erworbenen Vermögen kraft Gesetzes und nicht erst durch einen Ehevertrag gewährt.

Das gesetzliche Güterrecht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes hat, wie die Errichtung zahlreicher gemeinschaftlicher Testamente beweist, weithin versagt. Wird nicht einer der Ehegatten unversehens vom Tode überrascht, so versucht man in der Regel, die Auswirkungen des gesetzlichen Güterrechts durch ein Testament der Ehegatten abzuschwächen. Der Erbvertrag dagegen hat sich nicht eingebürgert, seine Errichtung ist auch heute noch seltene Ausnahme geblieben. Es entspricht daher nur den tatsächlichen Lebensverhältnissen, wenn man den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes als gesetzliches Güterrecht beseitigt und an seine Stelle einen der anderen Güterstände treten läßt. Gierke führt in der Reihenfolge ihrer Eignung zum gesetzlichen Güterstande auf, die allgemeine Gütergemeinschaft, die Fahrnisgemeinschaft und die Errungenschaftsgemeinschaft[49]).

Anspruch auf Erhebung zum gesetzlichen Güterrecht hat für unsere Zeit m. E. aber nicht die allgemeine Gütergemeinschaft, auch nicht die Fahrnisgemeinschaft, sondern wohl nur die Errungenschaftsgemeinschaft[50]). Denn den Bindungen des Blutes, die die Erhaltung des Familiengutes in der engsten Familie des Erblassers

49) S. 417, 418.

50) Die Erhebung der Errungenschaftsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterrecht befürworten: Felgenträger, D. R., 1935 S. 88; Gfrörer a. a. O., S. 153; Möhle a. a. O., S. 280; Palandt a. a. O., S. 54; Süß a. a. O., S. 289; Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 b, 11 S. 127. Im Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1937 S. 71 ff. tritt Felgenträger jetzt aber für die Gütertrennung ein. — „Im Interesse der Verhütung der Zerschlagung der Erbschaft" darf nach Höver a. a. O., S. 228 „für Ehegatten als Güterstand nur die Gütergemeinschaft mit Fortsetzung in Frage kommen". Allenfalls könnte die Errungenschaftsgemeinschaft angeordnet werden, für die dann die Fortsetzung nach dem Tode eines Ehegatten bei beerbter Ehe angeordnet werden müßte. — Nicht unerwähnt bleiben soll, daß auch in der im Rahmen eines Meinungsaustausches über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts gemachten Äußerungen des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen im Jahre 1928 die Errungenschaftsgemeinschaft als zum gesetzlichen Güterstande vorzüglich geeignet angesehen wurde, (siehe Zeitschrift für das Notariat, 1928 S. 181). Freilich, besagen will dies für die nationalsozialistische Rechtserneuerung nichts.

fordern, und den durch die Ehe geschaffenen Bindungen, die eine genügende Sicherstellung des überlebenden Ehegatten verlangen, wird nur sie gerecht. Gierke freilich legt seiner Auffassung andere Gesichtspunkte zugrunde. Für ihn ist nur der Güterstand als gesetzlicher geeignet, durch den „die Einheit der Familie" gewahrt „und der Fortbestand der Einheit des Hauses nach dem Tode eines Ehegatten ermöglicht" wird. Daß der Gesetzgeber nur den Güterstand zum gesetzlichen erheben darf, durch den das von den Ehegatten ererbte Vermögen grundsätzlich einen anderen Weg geht, als das von einem Gatten allein oder zusammen mit dem andern in der Ehe erworbene Gut, ist er noch nicht in der Lage zu erkennen.

Erhebt man die Errungenschaftsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterrecht, so würde das von jedem Ehegatten in die Ehe eingebrachte Vermögen auch während der Ehe in seinem Eigentum verbleiben und müßte bei dem Tode eines der beiden Gatten, soweit es sich um Vermögensstücke handelt, an deren Erhaltung die Familie, aus der sie stammen, ein besonderes Interesse hat, und deren Abwandern in eine andere Familie daher unter allen Umständen zu vermeiden ist, ungeschmälert den nächsten Blutsverwandten des Erstverstorbenen zufallen[51]). Die Erbschaft an solchen Vermögensstücken wäre somit dem überlebenden Ehegatten zu versagen[52]). Die Größe des Erbteils des überlebenden Gatten am übrigen eingebrachten Gut könnte dem Vorschlage Gierkes entsprechend festgesetzt werden, d. h. anstatt eines Viertels der Erbschaft dürfte ihm nur ein Kindesteil zufallen, sobald mehr als drei Kinder oder Stämme beteiligt sind. Weiter wäre, übereinstimmend mit Gierkes Forderung, für den überlebenden Ehegatten an dem den gemeinschaftlichen Abkömmlingen aus dem eingebrachten Gut angefallenen Vermögen ein Nutzungsrecht zu befürworten. Dieses auf Lebenszeit, längstens jedoch bis zu seiner Wiederverheiratung, zu gewährende Recht[53]) wäre dann, wie Gierke es ausdrückt, mit seiner Stellung als Haupt der Familie verknüpft. Von

51) Was hierunter im einzelnen zu verstehen sein wird, muß sorgfältiger gesetzgeberischer Erwägung vorbehalten bleiben.

52) Palandt a. a. O., S. 53 will dem überlebenden Ehegatten die Erbschaft am gesamten ererbten Gut versagen. Ein Erbrecht an diesem Vermögen billigt dagegen Möhle a. a. O., S. 280. Fraglich ist nach ihm nur, ob der Erbteil des überlebenden Ehegatten neben dem ihm zu gewährenden Nutznießungsrecht noch ¼ des Nachlasses betragen soll. Er verweist hierbei auf den Rechtszustand in Württemberg vor dem Inkrafttreten des BGB., wonach dieser Erbteil auf einen Kindesteil, höchstens (bei nur einem Kind) auf ⅓ festgesetzt war. Dem Vorschlage Gierkes käme eine derartige Regelung ziemlich nahe.

53) Nach Böhmer (Jung-Festschrift S. 69) soll die von ihm befürwortete Vorerbenstellung des überlebenden Ehegatten nicht mit seiner Wiederverheiratung erlöschen, vielmehr soll es genügen, wenn er den Abkömmlingen auf ihr Verlangen Sicherheit leistet.

der hier befürworteten Regelung weicht Gierkes Vorschlag also nur insoweit ab, als nach diesem der überlebende Ehegatte nicht nur ein Nutzungsrecht an den für die Familie besonders wertvollen Vermögensstücken erhalten, sondern auch zu einem Bruchteil an der Erbschaft teilhaben soll. Keiner Erörterung bedarf es, daß das Nutzungsrecht mit einer angemessenen Austattungspflicht, d. h. mit der Verpflichtung zur Gewährung der für die Selbständigmachung der Abkömmlinge erforderlichen Mittel zu belasten wäre, daß es wegen Mißbrauchs oder Unfähigkeit zu entziehen wäre.

Als Gesamtgut hätte auch künftig nicht nur das von den Ehegatten zusammen, sondern auch das von dem Manne oder der Frau während der Ehe allein erworbene Vermögen zu gelten. Beiden Gatten müßten gleiche Anteile am Gesamtgut zustehen und dem überlebenden wäre an dem Anteile des verstorbenen ein Erbrecht zu gewähren. Die Größe der Erbteile könnte auch hier wieder der Forderung Gierkes entsprechend festgesetzt werden. Auch hier wäre Raum für ein Nutzungsrecht des überlebenden Ehegatten an dem den gemeinschaftlichen Kindern vom verstorbenen Gatten angefallenen Vermögen, auch hier wäre es mit einer Ausstattungspflicht zu belasten, wegen Mißbrauchs oder Unfähigkeit zu entziehen und hätte im Falle der Wiederverheiratung zu erlöschen.

Eine solche Regelung würde dem Vorschlage Gierkes entsprechen, der zwar in erster Linie hinsichtlich des Gesamtgutes eine Form der fortgesetzten Gütergemeinschaft angeordnet wissen möchte, insoweit eine solche aber nicht eintritt, eine derartige Anordnung befürwortet.

Entgegen der Ansicht Gierkes bestehen m. E. keine Bedenken, dem Nießbrauch des überlebenden Ehegatten auch die Erbteile einseitiger Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten zu unterwerfen[54]). Läßt das Gesetz die Entziehung des Nutzungsrechts wegen Mißbrauchs zu, so erscheinen mir die Abkömmlinge des verstorbenen Gatten gegenüber ihrer Stiefmutter oder ihrem Stiefvater hinreichend gesichert[55]). Andere Gründe, die gegen eine solche Unterwerfung sprechen, sind heute wohl kaum gegeben.

Bei unbeerbter Ehe hätte eine von der oben vorgezeichneten Anordnung abweichende Regelung insofern einzutreten, als hier die Nutzungsmöglichkeit auf die Vermögensstücke zu beschränken wäre, an deren Erhaltung die nächsten Verwandten des Erblassers ein besonderes Interesse haben. Dieses Nutzungsrecht dürfte dem überlebenden Ehegatten aber auch nur gegenüber Geschwistern und

54) Dies gilt natürlich dann nicht, wenn der Stiefvater oder die Stiefmutter jüdischer Abstammung ist.

55) Selbstverständlich müßte aber die Ausstattungspflicht in dem oben beschriebenen Umfange auch ihnen auferlegt werden.

Eltern des Erblassers zu gewähren sein; gegenüber entfernteren Verwandten müßte sich dagegen sein Erbrecht durchsetzen. Denn „nach heutiger Volksanschauung geht für anderes Gut als den Erbhof die Ehe vor den entfernteren Blutsverwandten"[56]). Hinsichtlich der Größe des Erbteils des überlebenden Ehegatten könnte es bei der Regelung des BGB. verbleiben. Mit Gierkes Vorschlag allerdings würde eine solche Anordnung wenig übereinstimmen. Während wir für den überlebenden Gatten die Nutznießung nur an den für die Familie besonders wertvollen Vermögensstücken, deren Abwanderung daher in eine fremde Familie zu verhindern ist, und zwar auch nur gegenüber Geschwistern und Eltern des Erblassers befürworten, müßte nach Gierkes Ansicht bei unbeerbten Ehen allgemein „als gesetzliche Regel die Erhaltung des gesamten Ehevermögens im Besitz und Genuß des überlebenden Ehegatten anzustreben sein." Der heutigen Volksanschauung wird eine solche Regelung, wie sie Gierke fordert, m. E. kaum noch gerecht. Ihr entspricht wohl vielmehr ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten in dem vorstehend bezeichneten Umfange.

Ausreichend würde es sein, wenn man als vertragsmäßige Güterrechte die allgemeine Gütergemeinschaft und die Gütertrennung zulassen würde[57]). In Gierkes Kritik freilich taucht die Forderung nach einer Einschränkung der Zahl der vertragsmäßigen Güterstände nicht auf. Gierke vielmehr billigt den vom Entwurf und damit auch den vom BGB. eingeschlagenen Weg[58]), wonach die Systeme der Verwaltungsgemeinschaft, der Gütertrennung, der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft nebeneinander zugelassen werden. Ja, er geht sogar soweit, für jeden dieser Güterstände den Rang eines gesetzlichen Güterrechts zu fordern und will der Landesgesetzgebung die Bestimmung überlassen, welches der gemeinrechtlich geregelten Systeme in den einzelnen Gebieten in Ermangelung eines Erbvertrages eintreten soll. Die nationalsozialistische Rechtserneuerung wird hier andere Wege gehen. Gierkes Gedanken stehen der heute vom Nationalsozialismus vor allem auch auf dem Gebiete des Rechts betriebenen Beseitigung des Partikularismus entgegen.

Läßt man die allgemeine Gütergemeinschaft und die Gütertrennung als vertragsmäßige Güterrechte zu, so könnte es im einzelnen bei der vom BGB. getroffenen Regelung verbleiben[59]). Auch hier

56) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 17.
57) Möhle a. a. O., S. 280.
58) S. 111 ff.
59) Fragen könnte es sich aber, ob nicht auch bei der Gütertrennung eine Beerbung des verstorbenen Gatten hinsichtlich der bereits auf ihn durch Erbgang überkommenen Vermögensstücke, sofern sie für die Familie von besonderem Wert sind, durch den überlebenden Ehegatten auszuschließen wäre. Eine solche Regelung aufzunehmen, erscheint mir nicht ratsam. Der Gesetzgeber sollte vielmehr

wieder geht Gierke ganz andere Wege. Soweit es sich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft um unbeerbte Ehen handelt, sind seine Forderungen bereits dargestellt[60]). Bei beerbter Ehe hätte der Entwurf nach seiner Ansicht statt die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf ein Alleinerbrecht des überlebenden Gatten zu gründen (§ 1384), „im Einklang mit dem Gedanken der gesamten Hand das Eigentum am Gesamtgut dem an die Stelle des Elternpaares getretenen überlebenden Ehegatten kraft Vereinigungsrechtes zusprechen, den Kindern eigentümlich gestaltete dingliche Rechte mit Einschluß der Anwartschaft auf bestimmte Anteile kraft Hausgemeinschaftsrechtes zuteilen, das Vorhandensein aber eines Erbfalles und eines Nachlasses in Ansehung des Gesamtgutes ganz verneinen müssen." Hätte der Entwurf ebenfalls den Zerfall des Gesamtgutes in eine Nachlaßhälfte und eine Eigentumshälfte abgelehnt, die Kinder aber in die Mitträgerschaft der ungesonderten Eigentumsgemeinschaft einrücken lassen, so hätte er auch mit geringen Modifikationen dieses Systems von dem Gedanken der gesamten Hand aus zu einer echten „fortgesetzten Gütergemeinschaft" gelangen können. Für den Fall, daß man durchaus an einer Beerbung des verstorbenen Gatten festhalten will, hält es Gierke für zweckmäßiger auch den Kindern gleich Erbteile zuzusprechen, die dann durch das auf Fortführung der Gemeinschaft gerichtete Recht des überlebenden Ehegatten beliebig eingeschränkt werden könnten. Denn der Ausschluß der Kinder vom Erbe widerspreche, wenn erst einmal geerbt werde, dem natürlichen Gefühl. „Wenn aber der Entwurf das von ihm gewählte System einer Kombination des Beerbungsprinzips mit dem Prinzip des Fortbestandes eines Gesamtgutes ohne gesonderte Anteile durchführen wollte, so mußte er mindestens die Anrechte der Kinder am Gesamtgut auf ein selbständiges Fundament stellen und ihrer eigentümlichen Natur gemäß ausgestalten, anstatt sie durch lauter negative oder positive erbrechtliche Analogiesätze in ebenso künstlicher wie unklarer Weise zu normieren"[61]). Im Falle der beerbten Ehe will Gierke also s a c h l i c h im wesentlichen dieselbe Regelung wie sie heute im BGB. getroffen ist. Bei seinen Ausführungen handelt es sich daher mehr um Vorschläge für die juristische Konstruktion des Instituts der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Bereits verwirklicht durch die nationalsozialistische Rechtserneuerung ist dagegen wieder im Reichserbhofgesetz die Forderung Gierkes, bei der Ordnung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten die bäuerlichen Verhältnisse nicht außer acht zu lassen. Danach kann

---

den Ehegatten die Wahl lassen zwischen Güterständen, deren erbrechtliche Folgen im Falle des Todes eines der Gatten gänzlich verschieden sind.

60) Siehe oben S. 17.

61) S. 434, 435.

der überlebende Gatte des Erblassers, vorausgesetzt, daß er Miterbe oder pflichtteilsberechtigt ist und auf alle ihm gegen den Nachlaß zustehenden Ansprüche verzichtet, von dem Anerben lebenslänglich den in solchen Verhältnissen üblichen Unterhalt auf dem Hofe verlangen, soweit er sich nicht aus seinem eigenen Vermögen unterhalten kann, § 31.

Neben dem gesetzlichen Erbrecht aus Ehe, Blut und Gemeinschaft wird die künftige Erbrechtsordnung unter Zugrundelegung des Treuegedankens ein gesetzliches Vermächtnis zulassen müssen. Denn nur der Gerechtigkeit entspricht es, wenn der langjährige Pfleger oder Hausgenosse des Erblassers etwas aus der Erbschaft erhält. „Über den Umfang eines solchen Vermächtnisses könnte freilich nach Lage der Sache nur der Richter bestimmen"[62]). In Gierkes Kritik freilich tritt die Forderung nach einem solchen Vermächtnis nicht auf. Zum anderen wendet sich gerade Gierke dagegen, daß der Vermächtnisnehmer stets nur eine Forderung gegen den Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses erhalten soll. Fremd ist Gierke ferner der Gedanke, daß der Richter über den Umfang eines Vermächtnisses zu bestimmen hätte.

Zweiter Abschnitt.

Verfügung von Todes wegen.

§ 26.

Wie wir bei der Darstellung seiner Kritik gesehen haben, hat sich Gierke nicht für die Beseitigung der Testierfreiheit ausgesprochen. Fragen könnte es sich nun demgegenüber, ob im künftigen Erbrecht neben der gesetzlichen Erbfolge noch Raum ist für die gewillkürte Erbfolge, oder ob der Erblasser nach dem Vorbilde des Reichserbhofgesetzes (§ 24) gehindert sein soll, die Erbfolge kraft Gesetzes durch Verfügungen von Todes wegen auszuschließen oder zu beschränken.

Für die Beantwortung der Frage ist zunächst zu beachten, daß das Gebiet des Reichserbhofgesetzes ein besonderes ist und daher auch eine besondere Behandlung erfordert. Für ein bestimmtes volkswirtschaftliches Gut und für einen bestimmten Stand innerhalb der deutschen Volksgemeinschaft wird hier eine Sonderregelung getroffen. Die in diesem Gesetz getroffene Anordnung wird man sich daher schon aus diesen Gesichtspunkten heraus nicht zum Vorbild für das bürgerliche Erbrecht nehmen dürfen.

Aber auch andere Gründe sind es, die den Gesetzgeber hindern

62) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 17.

werden, die Testierfreiheit zu beseitigen und nur noch die gesetzliche Erbfolge zuzulassen.

Die Betonung des Gemeinschaftsgedankens durch den Nationalsozialismus vernichtet nicht den Persönlichkeitsgedanken, im Gegenteil, „der Nationalsozialismus fußt auf ihm, schafft dem Gemeinschaftsgedanken erst durch ihn Inhalt, Form und Ziele, und baut im großen wie im kleinen auf dem Zusammenwirken von Führung und Gemeinschaft auf"[63]). Ebensowenig wie man im Recht unter Lebenden dem einzelnen die Verfügungs- und Herrschaftsmacht über sein Vermögen nehmen kann, kann die Rechtsordnung im Erbrecht die letztwillige Verfügung entbehren, kann sie alles der gesetzlichen Erbfolge überlassen. Nimmt das Gesetz dem Erblasser die Möglichkeit, über sein Hab und Gut zu verfügen, so nimmt es ihm die Freude an der Begründung und Vermehrung seines Vermögens, die Freude an der Betätigung seiner Persönlichkeit, die bei pflichtbestimmten Handeln die Voraussetzung für die Förderung der Familiengemeinschaft und damit der Volksgemeinschaft ist. Die völlige Entthronung des Erblasserwillens würde „die Gefahr pflicht- und gemeinschaftswidrigen Handelns unter Lebenden" zur Folge haben, Interessenlosigkeit und Verschwendung fördern. Auch kann man dem Erblasser nicht zumuten, daß er sein Hab und Gut auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an Blutsverwandte fallen lassen muß, die sich im Leben nie um ihn gekümmert haben, die seinen Tod der Erbschaft wegen vielleicht mit Freuden erwartet haben, oder mit denen er in Feindschaft gelebt hat. Niemand besitzt mehr Eignung, unter den gesetzlichen Erben den für die Erbschaft Würdigsten auszuwählen, als der Erblasser[64]).

Wird man sich somit der Ansicht Gierkes anschließen und für

---

63) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 12; vgl. auch Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 6.

64) Für die Beibehaltung der Testierbefugnis entscheiden sich u. a. Schmitz a. a. O., S. 83 ff.; Palandt a. a. O., S. 37, 38; Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 6.

Bei der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung wird sich der Erblasser dann von den Erwägungen leiten lassen müssen, die im Vorspruch zum Recht der letztwilligen Verfügung, wie er dem Erbrechtsausschuß der Akademie vorgeschlagen worden ist, enthalten sind:

„Will der Erblasser sich nicht mit der gesetzlichen Erbfolge zufrieden geben, sondern über seine Habe letztwillig verfügen, so soll er seinen letzten Willen im Bewußtsein seiner Verantwortung gegenüber Familie, Sippe und Volk nach reiflicher Überlegung und eingedenk auch der künftigen Entwicklung so niederlegen, wie es einem ehrbaren Volksgenossen geziemt. Er soll darum die im Gesetz niedergelegte Erbsitte achten und beachten, soll sie durchführen und zum Besten seiner Familie, im Gedenken an Treue und Förderung, die er im Leben erfahren hat, sowie zugunsten gemeinnütziger Aufgaben ergänzen. Er soll von ihr aber nur dann abweichen, wenn in seinem Falle die von ihm getroffene Regelung gerechter und billiger als die allgemeine des Gesetzes ist", (Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 7.

die Beibehaltung der Testierfreiheit entscheiden müssen, so muß die weitere Frage die sein, welche Formen des Testierens künftig das Gesetz dem Erblasser zur Verfügung stellen soll. In den Vordergrund tritt dabei vor allem die Frage, ob das eigenhändige Privattestament heute als eine brauchbare Form des privaten Testierens erscheint, oder ob es entsprechend Gierkes Ansicht nicht in das Gesetz aufzunehmen ist.

Wir haben oben[65]) die durch die Rechtsprechung geschaffene widerspruchsvolle Rechtslage aufgezeigt, die entstanden ist einerseits aus dem Bemühen, den gesetzlichen Formalismus des § 2231 Nr. 2 abzubauen und zu untergraben, andererseits aus dem Streben, an den nun einmal gegebenen Formvorschriften unverbrüchlich festzuhalten. Daß der Gesetzgeber hier Abhilfe schaffen muß, liegt auf der Hand. Stellt man dabei den Vorteil der mühelosen Errichtung des handgeschriebenen Testaments und vor allem seine Volkstümlichkeit in den Vordergrund, so kann man sich ohne Bedenken dem Vorschlage v. Hippels[66]) anschließen, der nicht das Privattestament selbst, sondern nur dessen Fehlerquelle beseitigt wissen will. In das künftige Erbrecht aufgenommen werden könnte daher die Bestimmung wie sie v. Hippel vorschlägt:

> „Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden durch eine von dem Erblasser handschriftlich abgefaßte und abgeschlossene Erklärung. Die Beisetzung des Ortes und Tages der Errichtung sowie die Angabe des Vor- und Familiennamens des Erblassers ist zur Vermeidung von Streitigkeiten anzuraten[67]).
>
> Veränderungen und Zusätze, die der Erblasser einem formgerechten Testamente ohne erneuten Abschluß angefügt hat, sind in Ermangelung besonderer Gegengründe als rechtsgültig zu erachten. Gibt der Erblasser ein Testament in amtliche Verwahrung (§ 2248), so sind für deren Dauer Mängel der Form der Gültigkeit des Testaments unschädlich."

Für eine nicht oberflächliche Beantwortung der Frage, ob das eigenhändige Testament beibehalten werden kann oder nicht, sind aber nicht nur seine Vorteile, sondern in dem gleichen Umfange

---

65) S. 42 ff.

66) A. a. O., S. 188.

67) An dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift würde man aber doch wohl festhalten müssen. „Für wichtigere Verfügungen entspricht es dem gesunden Volksempfinden, seine Erklärung zu unterzeichnen, ihren Abschluß dadurch klarzustellen und sich zu ihr zu bekennen", (Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 138). Dagegen würde es im Falle der Beibehaltung des eigenhändigen Testaments erforderlich sein, alle Unterschriften als ausreichend anzuerkennen, die eine eindeutige Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers ermöglichen und von dem Erfordernis der Angabe des Familiennamens abzugehen.

auch seine Nachteile zu berücksichtigen. Diese treten besonders dann hervor, wenn man die Frage stellt, ob diese Testierform geeignet ist, nach dem Tode des Erblassers Rechtsklarheit zu schaffen, und ob sie weiter die Eignung zur Verwirklichung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens im Erbrecht besitzt. Nicht zu leugnen ist nun aber, daß der Erblasser sehr oft erst dann den Gedanken faßt, seine Vermögensverhältnisse für den Fall seines Todes zu ordnen, wenn die Möglichkeit an ihn herantritt, sei es nun im Falle einer schweren Krankheit oder einer schweren Operation, aus diesem Leben zu scheiden. Bis dahin verschiebt er, da er ja jederzeit die Verfügung mühelos errichten kann, gewöhnlich die Testamentserrichtung von einem Tage zum anderen. Daß der Erblasser im Falle der Krankheit in der Regel nun nicht mit der notwendigen Sorgfalt und Überlegung verfahren kann und wird, liegt auf der Hand[68]). Unklarheiten in Testamenten sind sehr oft aus solchen Ursachen entstanden. Bleibt der Erblasser aber am Leben, so geschieht es nicht selten, daß er nach seiner Genesung ein zweites Testament mit einem vom ersten abweichenden Inhalt errichtet, weil er bei ruhiger Überlegung zu einer anderen Ansicht gekommen ist. Ist nun aber in der späteren Verfügung nicht ausdrücklich der Widerruf der früheren erklärt, so ist das erste Testament nur insoweit aufgehoben, als das zweite mit dem ersten in Widerspruch steht, § 2258 Abs. 1. Einen Widerspruch festzustellen, wird aber nicht immer leicht möglich sein. Hätte der Erblasser in solchen und ähnlichen Fällen gewußt, welchen Streit er durch sein unklares Testament in seiner Familie hervorgerufen hat, so hätte auch er sicher nicht den Weg zum Gericht oder Notar gescheut[69]). Gewiß wird auch hier die Zahl der ordnungsmäßigen Testamente die der widerspruchsvollen bei weitem überwiegen. Aus dieser Tatsache heraus kann man aber nicht den Schluß ziehen, daß nun deshalb auch das eigenhändige Privattestament beibehalten werden müßte. Die Testamentserrichtung ist ein Akt, der infolge seiner Wichtigkeit und Bedeutung sich nicht mit jedem beliebigen Vorgang im Rechtsleben vergleichen läßt. Der Gesetzgeber muß hier mehr als im Recht unter Lebenden auf die Aufnahme einer Regelung bedacht sein, durch die unklare Verhältnisse verhindert werden. Dies kann aber nur dann erreicht werden, wenn das Gesetz zwingend die Testamentserrichtung vor dem Richter oder Notar vorschreibt. Der Gesetzgeber scheint mir gerade dann, besonders für den ein-

68) Vgl. hierzu auch Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 130.

69) Darauf, daß handgeschriebene Testamente vielfach „rechtlich unklar und mehrdeutig" sind „und dadurch die Grundlage für Streitigkeiten der Bedachten untereinander und für Schwierigkeiten beim Nachweise der Erbberechtigung schaffen", macht insbesondere auch Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 132 aufmerksam.

fachen Mann, bei dem unklare und widerspruchsvolle Testamente am häufigsten vorkommen werden, ein Geschenk zu bereiten, wenn er nur das öffentlich errichtete Testament zuläßt, die Gebühren aber erheblich mindert[70]).

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Beibehaltung des eigenhändigen Privattestaments spricht, ist der, daß sich der Erblasser gerade immer dann des eigenhändigen Testaments bedient, wenn er „aus Launenhaftigkeit, Verärgerung, hämischer Gesinnung, sittlicher Minderwertigkeit über die ihm aus seiner Zugehörigkeit zu Familie, Gruppe und Gemeinschaft erwachsenen Pflichten hinausschreiten will"[71]). Gewiß wird sich mancher pflichtvergessene Erblasser nicht scheuen, seinen pflichtwidrigen Willen auch dem Richter oder Notar zu offenbaren. Unzweifelhaft erscheint es mir aber, daß sich auch ein solcher Erblasser in sehr vielen Fällen durch eine eingehende Belehrung und Ermahnung von Seiten des Richters oder Notars, die diesen in jedem Falle vor der Aufnahme der Verfügung gesetzlich zur Pflicht gemacht werden müssen, zu einer dem Pflichtgedanken entsprechenden Verfügung wird bekehren lassen[72]). Hat er dagegen die Möglichkeit, seinen letzten Willen in der Form eines eigenhändigen Privattestaments niederzuschreiben, so kann er von niemandem an seine Pflichten gegenüber seiner Familie erinnert werden. Nach allem empfiehlt es sich daher m. E. in Übereinstimmung mit Gierkes Ansicht, das eigenhändige Testament nicht in das Gesetz aufzunehmen[73]).

Die gleichen Bedenken, die gegen die Beibehaltung des eigenhändigen Testaments sprechen, fordern die Abschaffung des

---

70) Einen wirksamen Ansatz haben bereits die Kostenordnung vom 25. November 1935 (RGBl. I, S. 1371 ff.) § 40 (144) und das Urkundensteuergesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. I, S. 407 ff.) § 39 gebracht.

71) Lange, DNotZ., 1934 S. 898; vgl. auch Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 46, 47.

72) Das ist auch die Ansicht Langes, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936, S. 134. Eine völlige Beseitigung pflichtwidriger Verfügungen wird sich freilich nie erzielen lassen. Diese würden ja aber ohnedies nach den hier gemachten Vorschlägen (siehe unten S. 84 f.) durch Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung aus der Welt geschafft werden können. Dasselbe gilt allerdings auch von den handgeschriebenen pflichtwidrigen Testamenten. Nicht zu verkennen ist aber, daß auch hier der Grundsatz gelten muß, „daß Vorbeugen besser als Heilen, Leiten besser als Vernichten ist".

73) Für Abschaffung des eigenhändigen Testaments erklären sich: Kübler a. a. O., S. 90; Matzner a. a. O., S. 141; Palandt a. a. O., S. 48; Singer a. a. O., S. 482. — Höver a. a. O., S. 227 will, um nicht durch ein Abdrängen auf das öffentliche Testament eine Verteuerung eintreten zu lassen, das eigenhändige Testament in seiner bisherigen Form zwar bestehen, es aber nur dann gelten lassen „wenn es nach Anerkennung der Unterschrift und im übrigen als fehlerlos durch einen Urkundsbeamten des Nachlaßgerichts oder durch einen Notar legalisiert ist".

durch Überreichen einer verschlossenen Schrift errichteten Testaments[74])[75]).

Zur Verfügung stehen dürfen wird dem Erblasser also künftig zur Niederlegung seines letzten Willens nur noch das öffentlich mündlich errichtete Testament[76]). Es ist nicht nur geeignet, Rechtsklarheit zu gewährleisten, es nötigt den Erblasser gleichfalls, seinen letzten Willen reiflich zu überlegen und verhindert damit in der Regel die Niederlegung eines pflicht- und gemeinschaftswidrigen Testaments[77]). Denn der Erblasser wird mit sich eingehend zu Rate gehen, ob er seinen pflichtwidrigen Willen dem beurkundenden Richter oder Notar offenbaren soll oder nicht[78]). In den Fällen, in denen er ihn aber doch kund gibt, muß es dem Beurkundenden zur Pflicht gemacht werden, dem Erblasser von pflichtwidrigen Verfügungen gegenüber der Familie abzuraten, insbesondere bei ererbtem Vermögen muß der Richter oder Notar die Befugnis erhalten, den Verfügenden auf die Bande der Familiengemeinschaft eindringlich aufmerksam zu machen, um nach Möglichkeit pflichtwidrige Verfügungen zu verhindern[79]). Denn „es darf in Zukunft

74) Für Beseitigung des heimlichen Testaments erklärt sich auch Palandt a. a. O., S. 37.

75) Gegen diese Form der Errichtung hat Gierke, wie wir gesehen haben, keine Bedenken getragen.

76) Freilich wäre es dann ratsam, den § 2233 zu streichen. Denn die Zuziehung von Zeugen wird in aller Regel vom Erblasser als lästig empfunden und ist daher geeignet, ihn von der Errichtung eines Testaments vor dem Richter oder Notar abzuhalten.

Sieht man künftig von der Zuziehung von Zeugen ab, so ist auch nach der Ansicht von Vogels, Zeitschr. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 636, Anlaß zur Beibehaltung der Testamentserrichtung durch Übergabe einer verschlossenen Schrift nicht mehr gegeben.

77) Vgl. auch Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 133. Nach dieser seiner neuesten Abhandlung ist er aber trotz allem wohl der Ansicht, daß das eigenhändige Privattestament besonders wegen seiner Volkstümlichkeit beibehalten werden muß. Gleichwohl muß aber auch nach seiner Auffassung „stärker als bisher das deutsche Volk dem öffentlichen mündlichen Testament zugeführt werden". Zu diesem Zweck will auch er den Zeugenzwang beseitigt und die Kosten für seine Errichtung verringert wissen. Vor allem aber müsse „durch Aufklärungsarbeit auf die Nachteile des heimlichen und die Vorzüge des öffentlich mündlich errichteten Testaments stärker als bisher hingewiesen werden", Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 137. — Für Beibehaltung des eigenhändigen Testamentes spricht sich jetzt unter Aufgabe seiner anfänglichen Meinung auch der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht aus; siehe seine Denkschrift S. 53.

78) Vor allem dann, wenn der Richter oder Notar ihn vor der Aufnahme der Verfügung belehrt und ermahnt, (siehe oben S. 80. — Nach Singer a. a. O., S. 483 soll zur Beurkundung des letzten Willens ausschließlich zuständig gemacht werden der „volksverbundene Nur-Notar", da sich der über den Parteien stehende Richter wenig zur Beratung eigne. Die Testamentserrichtung vor dem Notar o d e r Gericht zuzulassen, empfehlen dagegen auch Bosch a. a. O., S. 783 und Palandt a. a. O., S. 37.

79) Freilich wird man dem Erblasser nicht verwehren können, sein Testament auch im Ausland zu errichten. Aber damit wird der mit den hier gemachten

nicht mehr möglich sein, wie es heute noch unbeanstandet geschehen kann, daß z. B. jemand, der ein Gut von seinem Vater geerbt hat, dieses Gut in Ermangelung eigener Nachkommen" nicht den mittellosen Kindern oder einem bedürftigen Kinde „seines Bruders zufallen läßt, sondern, ohne seine Blutsverwandten auch nur im geringsten an seiner Hinterlassenschaft teilnehmen zu lassen, diesen Familienbesitz in andere Hände gelangen läßt"[80]). Gierke freilich ist der Gedanke, den Richter oder Notar mit einer solchen Befugnis auszustatten, wiederum fremd. Der Inhalt des Testaments geht nach seiner Ansicht entsprechend jener Zeitauffassung den Beurkundenden nicht das mindeste an.

Wird das handgeschriebene Testament nicht in das Gesetz aufgenommen, so ist es selbstverständlich, daß, entsprechend der Auffassung Gierkes, für Verfügungen von geringfügiger Bedeutung eine erleichterte und zwar insoweit die eigenhändige Form zugelassen werden muß. Denn es kann dem Erblasser beispielsweise nicht zugemutet werden, wegen der bedeutungslosesten Abänderung seines Testaments oder dem geringsten Zusatz zu seiner Verfügung den Weg zum Gericht oder Notar zu machen. Die eigenhändige Form dürfte aber, wie gesagt, nur für mindererhebliche Verfügungen zugelassen und der Kreis solcher Anordnungen möglichst eng gezogen werden, damit nicht auf diesem Wege doch wieder das eigenhändige Testament in nicht geringem Umfange Eingang findet.

Dagegen erscheint es mir nicht erforderlich, aber auch nicht ratsam, das eigenhändige Testament für besondere Fälle als Nottestament beizubehalten. Eine solche Zulassung würde „praktisch das Hereinlassen des handgeschriebenen Testaments durch eine Hintertür unter Vermehrung der Nichtigkeitsgründe bedeuten"[81]). Zum anderen hat jeder Erblasser in seinem Leben so viel Zeit, sein Testament vor dem Richter oder Notar zu errichten. Die Zeit, zum Gericht oder Notar zu gehen, muß er sich ja schon dann nehmen, wenn er sein Grundstück, ja selbst wenn er nur einen Teil davon veräußern will. Hat er den Verkauf von einem Tag zum anderen verschoben und wird er nun plötzlich von einer schweren Krankheit befallen, so gibt ihm das Gesetz ja auch nicht die Möglichkeit, den Kaufvertrag unter erleichterten Formen abzuschließen. Verfügt der

---

Vorschlägen verfolgte Zweck keineswegs illusorisch gemacht. Denn einmal wird die Zahl der im Ausland errichteten Testamente im Verhältnis zu der der im Inland errichteten kaum erheblich sein und zum anderen können auch im Ausland errichtete pflichtwidrige Verfügungen nach den hier gemachten Vorschlägen (siehe unten S. 84,85) durch Anfechtung beseitigt werden oder sie sind, sofern es sich um grobe Verstöße gegen den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken handelt, schon von vornherein nichtig.

80) Palandt a. a. O., S. 36, 37.

81) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1936 S. 136; vgl. auch Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad. f. D. R., S. 93.

Erblasser über sein gesamtes Vermögen, so ist diese Verfügung ungleich wichtiger als die über ein Grundstück oder einen Grundstücksteil. Mit Rücksicht vor allem aber auch darauf, daß die während einer schweren Krankheit oder in sonstigen Notfällen vom Erblasser selbst errichteten Testamente die meisten Unklarheiten und Widersprüche aufweisen, wird man m. E. das eigenhändige Testament nicht als Nottestament beibehalten dürfen. Weiß der Erblasser, daß er seine letztwillige Verfügung n u r vor dem Richter oder Notar errichten kann, so wird er in aller Regel auch nicht verabsäumen, sein Testament rechtzeitig vor diesen Personen zu errichten, jedenfalls nicht so leicht, als wenn er weiß, daß er über sein Vermögen jederzeit allein ohne Mithilfe einer Urkundsperson verfügen kann. Da er hier von niemandem abhängig ist, glaubt er zur Niederschrift seines letzten Willens immer noch Zeit zu haben. Zum anderen wird künftig Anlaß zur Errichtung eines Testaments nicht mehr in dem Umfange vorhanden sein wie heute, da die künftige gesetzliche Erbfolge unserem Rechtsempfinden entsprechen wird, während man dies von der heutigen nicht sagen kann.

Was nun das gemeinschaftliche Testament anlangt, so haben wir auch hier, soweit es sich um seine Errichtung in den Formen des eigenhändigen Privattestaments handelt, bereits oben[82]) die durch die Rechtsprechung geschaffene Rechtslage aufgezeigt, und sind zu dem Ergebnis gekommen, daß eine solche Vorstellungs- und Entscheidungsweise, wie sie in der heutigen Lehre und Praxis vorherrscht, als recht geeignet erscheint, „den Unwert der gemeinschaftlichen Testamentsform wie das Wesen der Begriffsjurisprudenz in einem ins Licht zu setzen". Da weiter hinzukommt, daß auch das Ehetestament durch die Zulässigkeit seiner heimlichen Errichtung den Ehegatten die Möglichkeit zu pflichtwidrigen und unklaren Verfügungen bietet, gegen das gemeinschaftliche Testament insoweit also dieselben Bedenken bestehen wie gegen das holographische Einzeltestament, so müßte auch für das Ehegattentestament künftig nur noch die für die öffentliche Errichtung vorgesehene Form vorgeschrieben werden. Mit Gierkes Forderung würde eine solche Regelung insoweit übereinstimmen, als auch er für die Errichtung des Einzeltestaments nur die gerichtliche und notarielle Form befürwortet und diese daher wohl auch für das gemeinschaftliche Testament im Falle seiner Aufnahme vorgeschrieben sehen möchte. Freilich, die Errichtung durch Überreichen einer verschlossenen Schrift dürfte auch für das gemeinschaftliche Testament aus den oben dargelegten Gründen entgegen Gierkes Ansicht in der künftigen Erbrechtsordnung nicht zulässig sein. Dagegen wird zu prüfen sein, ob nicht entsprechend Gierkes Vorschlag, die Zulässig-

82) S. 47 f.

keit des gemeinschaftlichen Testaments auch auf Verlobte, die ja nur infolge des Todes eines der beiden Verlobten an der Eheschließung gehindert sind, auszudehnen wäre[83]).

Nicht unerwähnt darf hier bleiben, daß sich das durch den Nationalsozialismus geläuterte Rechtsdenken auch in der Rechtsprechung unserer Gerichte auszuwirken beginnt. Zwar hat das RG. noch in seiner Entscheidung vom 9. März 1935[84]) ein eigenhändiges Testament wegen fehlender Angabe des Errichtungsjahres für nichtig erklärt, obwohl sich eindeutig ergab, daß es nur im Jahre 1934 errichtet sein konnte. Aus einer Reihe anderer Entscheidungen[85]) jüngster Zeit ist aber unschwer zu erkennen, daß man sich hier mehr und mehr bemühen wird, die Formvorschriften abzuschwächen und dem Erblasserwillen, soweit er dies verdient, Geltung zu verschaffen[86]).

Im Zuge neuen Rechtsdenkens liegt es ferner, wenn das KG. in seiner Entscheidung vom 10. Oktober 1935 „die rechtlich schwer durchführbare Einsetzung eines nicht rechtsfähigen Vereins zum Erben" in eine Vermächtnisanordnung umzudeuten versucht[87]). Von Gierkes Ansicht allerdings rückt eine solche Deutung noch weiter ab, als die bisher geübte Auslegung.

Was Gierke an der Regelung des Entwurfs in bezug auf die Vorschriften über die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung kritisiert, hat das BGB., wie wir gesehen haben, im Sinne seiner Forderung abgeändert. Das nationalsozialistische Erbrecht wird sich im Gegensatz zu dieser Übereinstimmung mit diesen Bestimmungen aber nicht begnügen und sie unbesehen übernehmen dürfen. Neben den bisherigen Fällen des Willensmangels wird die Anfechtbarkeit vielmehr auch dann gegeben sein müssen, wenn es sich um geringe

---

83) Das Ehetestament beseitigen will v. Hippel, da sich ein praktisches Bedürfnis für dieses Institut nicht ergebe. Solange der Gesetzgeber aber das gemeinschaftliche Testament beibehält, muß nach seiner Ansicht der § 2267 lauten: „Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2231 Nr. 2 genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte seine Unterschrift beifügt", (S. 191). Die bloße Beifügung der Unterschrift durch den anderen Ehegatten soll auch nach der Ansicht des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht zur Errichtung in der Form des § 2231 Nr. 2 genügen, wenn sich aus dem Inhalt des Testamentes die Gegenseitigkeit ergibt; siehe seine Denkschrift S. 60.

84) JW. 1935, S. 1846 ff.

85) Deutsche Justiz, 1935, 1772; 1936, 258, 671.

86) In seinem Beschluß vom 3. 2. 1938 hat aber wiederum das KG. im Gegensatz zum LG. Hamburg ein Testament für nichtig erklärt, für das der Erblasser einen Geschäftsbogen mit dem Vordruck „Hamburg 1, den ....., Barkhof Haus 1" benutzt hatte, obwohl die Verfügung im übrigen eigenhändig geschrieben und unterschrieben und durchaus pflichtbestimmt war; siehe Zeitschr. d. Akad. f. D. R., 1938 S. 280 und die Bemerkungen zu dieser Entscheidung von Böhmer auf S. 264 der zit. Zeitschrift.

87) Siehe Vogels, D. R., 1936 S. 275.

Verstöße gegen den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken handelt[88]), „ihre Zulässigkeit aber nicht nur von einem objektiven Maßstabe abhängig" zu machen, „sondern überdies auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers" abzustellen sein[89]). Nimmt man eine derartige Regelung auf, so würde im Erfolg auch der Zustand herbeigeführt werden können, den Gierke bei einer zwecklosen, unverständigen und lediglich lästigen Auflage eintreten sehen will; denn solche Auflagen werden objektiv betrachtet gegen den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken verstoßen. Erwägungen wie sie sich in den Protokollen[90]) finden, daß es nämlich bedenklich sei, wenn man einer vom Standpunkte des Erblassers aus gerechtfertigten Anordnung nicht zum Erfolg verhelfe, haben für das nationalsozialistische Rechtsdenken keine Bedeutung mehr.

Hinsichtlich der anderen unter diesen Abschnitt fallenden, aber hier noch nicht behandelten Institute könnte es dagegen bei der Regelung des BGB. verbleiben. Ein Bedürfnis nach Abänderung tritt in den grundlegenden Vorschriften dieser Institute, auch soweit sie Gierkes Forderungen nicht gerecht werden, nicht hervor[91]). Auch liegt es nicht im Wesen der nationalsozialistischen Rechtserneuerung, daß nun unbedingt alles geändert werden muß. Nur soweit unser geltendes Recht mit dem durch die nationalsozialistische Revolution geläuterten Rechtsempfinden unseres Volkes nicht mehr im Einklang steht, ist eine Änderung notwendig.

Was aber noch eine Abänderung erfahren müßte, sind die Vorschriften über die Errichtung eines Erbvertrages. Gierke kritisiert am ersten Entwurf, wie wir wissen, daß nur die mündliche Erklärung des Inhalts des Erbeinsetzungsvertrages vor den mitwirkenden Personen für zulässig erklärt, die Verweisung auf ein Schriftstück aber ausgeschlossen werde. Soweit nun nach dem BGB. die Errichtung auch möglich ist durch Übergabe einer verschlossenen Schrift mit der mündlichen oder schriftlichen Erklärung, daß sie den Vertragswillen enthalte, §§ 2276 Abs. 1, 2238 Abs. 1, dürfte die

88) Beim Vorliegen grober Verstöße dagegen wird die Verfügung nichtig sein müssen. Im Zusammenhang hiermit könnte stehen eine „vielleicht vorsichtig gewährte richterliche Gestaltungsmöglichkeit"; Lange, Zeitschr. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 358. Vgl. auch Staudinger-Böhmer, Drittes Kapitel, § 19 III 2 a b, 11, 12 S. 101, 102, nach dem aber die pflichtwidrige Verfügung in jedem Falle nur durch Anfechtung zu beseitigen sein dürfte. Für eine von vornherein bestehende Nichtigkeit spricht sich auch der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht aus. Aus diesem Grunde hat er vorgeschlagen, etwa folgende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen:

„Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstößt oder gröblich den Pflichten eines ehrbaren Erblassers widerstreitet"; siehe seine Denkschrift S. 116.

89) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 14.

90) P. V, S. 245.

91) Siehe z. B. für die Nacherbfolge Flad a. a. O., S. 419.

Errichtung durch Verweisung auf ein Schriftstück nicht in das künftige Erbrecht zu übernehmen sein. Denn gegen die Verweisung auf eine verschlossene Schrift sprechen dieselben Bedenken, die eine Übernahme des heimlichen Testaments verbieten. Gierkes Standpunkt, den Richter oder Notar gehe der Inhalt des Erbeinsetzungsvertrages nicht das mindeste an, ist aus seiner Zeiteinstellung heraus zwar verständlich. Für unser heutiges Rechtsdenken aber ist er überholt. Unserem Rechtsempfinden entspricht vielmehr die entgegengesetzte Auffassung.

Aber nicht nur die Errichtung des Erbeinsetzungsvertrages, sondern auch die Errichtung des Vermächtnisvertrages durch Übergabe einer verschlossenen Schrift müßte künftig unzulässig sein. Für den Vermächtnisvertrag allerdings hat Gierke nicht die Aufnahme einer Bestimmung gefordert, durch die auch seine Errichtung durch Verweisung auf ein Schriftstück zugelassen worden wäre.

Dritter Abschnitt.

Pflichtteil[92]).

§ 27.

Es ist bereits oben betont, daß das nationalsozialistische Erbrecht neben der gesetzlichen Erbfolge die gewillkürte Erbfolge zulassen, die Testierfreiheit also nicht beseitigen wird. Freilich, für eine schrankenlose Testierfreiheit kann, wie schon nach dem BGB., auch in der künftigen Erbrechtsordnung kein Raum sein. Denn sie gerade würde den Zustand herbeiführen, den der Nationalsozialismus auf allen Gebieten bekämpft, sie würde, um mit den Worten Gierkes zu reden, „das Familienleben vergiften, Willkür und Selbstsucht entfesseln, unter Vernichtung aller Spuren der familienrechtlichen Gebundenheit den nakten Individualismus auf den Thron setzen". Weit eher muß vielmehr die Frage gestellt werden, ob der Testierfreiheit nicht über die ihr vom BGB. gezogenen Grenzen hinaus weitere Beschränkungen aufzuerlegen sein werden. Eine solche Fragestellung ist gerade heute mehr denn je berechtigt, da das Reichserbhofgesetz der Forderung Gierkes entsprechend für den bäuerlichen Grundbesitz eine besondere Folgeordnung vorgeschrieben hat, die in Ansehung des Erbhofes ein Pflichtteilsrecht im Sinne des bürgerlichen Erbrechts nicht mehr kennt. Legt man künftig der Testierfreiheit stärkere Fesseln auf, mit anderen Worten, verstärkt man die Stellung des Pflichtteilsberechtigten, so werden also künftig nicht mehr davon betroffen die bäuerlichen Verhältnisse, für die eine Stärkung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten nachteilig wirken müßte.

92) Siehe hierzu Lange, D. R., 1936 S. 398 ff.

Gierke kommt in seiner Kritik des Pflichtteilsrechtes des Entwurfs, wie wir gesehen haben, zu dem Ergebnis, daß unserem germanischen Rechtsbewußtsein vor allem die Verweisung des Berechtigten auf eine reine Geldforderung gegen den Erben widerspreche. Diese im BGB. beibehaltene Regelung widerspricht auch nationalsozialistischer Auffassung. Mit Rücksicht auf die Familiengebundenheit des Nachlasses wird die künftige Erbrechtsordnung grundsätzlich vielmehr dem auf den Pflichtteil Gesetzten einen „Anteil am Nachlaß, d. h. an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen"[93]) zu gewähren haben.

Auf den Pflichtteil wird der Erblasser eine pflichtteilsberechtigte Person aber in Zukunft überhaupt nur dann setzen dürfen, wenn er einen triftigen Grund für seine Handlungsweise hat[94]) und diesen Grund auch in seiner letztwilligen Verfügung angibt[95]). Denn es kann künftig nicht rechtens sein, daß in einem familiengebundenen Erbrecht der Erblasser ohne Grund den Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil setzt oder, wenn er einen Grund hat, diesen nicht namhaft macht. Eine solche Verfügung würde „gegen das durch die nationalsozialistische Revolution geläuterte Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein des deutschen Volkes" verstoßen[96]). Auch Gierke empfindet es als unbillig, daß der Testierende seine eigenen Kinder grundlos enterben und eine fremde Person zur Gesamtnachfolge berufen kann. Ob er aber den Grund in der letztwilligen Verfügung genannt wissen will oder ob er es für ausreichend hält, wenn der Erblasser überhaupt einen Grund besitzt, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls ist in seiner Kritik nicht die Forderung enthalten, daß es sich um einen triftigen Grund handeln müsse. Das künftige Erbrecht aber wird so weit gehen müssen. Insbesondere wird auch die Zulässigkeit einer Nachprüfung durch den Richter im Falle des Anrufens durch den mit dem Pflichtteil Bedachten anzuordnen sein. Denn es ist nur zu leicht möglich, daß der Erblasser in seiner Entscheidung von dritten Personen beeinflußt worden ist, daß er den Erben auf den Pflichtteil gesetzt hat aus Gründen, die keine triftigen sind und daher zur Zuwendung nur des Pflichtteils nicht ausreichen.

---

93) Palandt a. a. O., S. 49.

94) Vgl. auch Staudinger-Böhmer, Drittes Kapitel, § 19 I, 3 S. 99.

95) Gewiß kann dies für den auf den Pflichtteil Gesetzten eine Diffamierung sein. Zu bedenken ist aber, daß, wenn der Erblasser seinen Grund nicht anzugeben braucht, eine Nachprüfung, ob tatsächlich ein Grund zur Entziehung des Erbteils vorgelegen hat, kaum möglich sein wird und damit im Ergebnis gegenüber dem unzulänglichen heutigen Rechtszustande keine Änderung eintreten würde.

96) Nicht angängig erscheint es aber, wie Schmitz a. a. O., S. 79 ff. überzeugend darlegt, auf Grund der nach neuem Rechtsdenken erweiterten Anwendungsmöglichkeit des § 138 eine letzwillige Verfügung für nichtig zu erklären, in welcher der Erblasser einen gesetzlichen Erben ohne Grund auf den Pflichtteil setzt und andere Umstände nicht hinzukommen.

Eintreten kann nun aber auch der Fall, daß der Erblasser zwar zur Zeit der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung einen triftigen Grund gehabt hat, einer pflichtteilsberechtigten Person nur den Pflichtteil zuzuwenden, dieser Grund zur Zeit des Erbfalles aber nicht mehr vorgelegen hat. Nach dem BGB. würde auch in diesem Falle für den Pflichtteilsberechtigten nur der Anspruch auf den Pflichtteil bestehen, da ja der Erblasser seine Abkömmlinge, seine Eltern und seinen Ehegatten auf den Pflichtteil setzen kann, ohne auch nur den geringsten Grund hierfür zu haben. Infolgedessen wird auch hier die Zulässigkeit einer Nachprüfung durch den Richter notwendig sein. Gierke wieder nimmt zu der Frage, wie es sich verhalten soll, wenn der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung einen Grund besessen hat, dieser Grund aber zur Zeit seines Todes nicht mehr vorhanden ist, keine Stellung. Er begnügt sich, wie wir wissen, damit, allgemein die grundlose Entziehung des Erbteils zu kritisieren.

Während man in Zukunft dem mit gutem Grund auf den Pflichtteil Gesetzten einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen wird gewähren müssen, wird man denjenigen, den der Erblasser zu enterben berechtigt ist, aber nur auf den Pflichtteil setzt, mit einem Anspruch in Geld abfinden dürfen, da ein solcher Pflichtteilsberechtigter unwürdig erscheint, „etwas aus der Erbschaft zu erhalten". Auch hier wieder geht Gierke nicht so weit, eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fälle zu fordern. Eine solche fordert er vielmehr für den Fall, daß der Erblasser einen seiner gesetzlichen Erben vor anderen gleich nahen Erben bevorzugt und dem Fall, in dem ein Fremder zum Erben eingesetzt ist. Dem Vorschlage Gierkes zu folgen, erscheint teils nicht mehr erforderlich, teils nicht ratsam. Denn läßt die künftige Erbrechtsordnung die Entziehung des Erbteils nur beim Vorliegen eines triftigen Grundes zu, gestattet sie ferner die richterliche Nachprüfung, so ist ein weiterer Schutz der Familieninteressen gegen absichtliche Verletzungen, gegen Irrtümer und Unvorsichtigkeiten des Erblassers nicht notwendig. Dem Erblasser müßte daher auch künftig in beiden Fällen die freie Verfügung über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und nicht nur die Verfügung über einen Kindesteil zugestanden werden. Hinzukommt, daß der mit einem triftigen Grund auf den Pflichtteil Gesetzte eine fühlbare Benachteiligung gegenüber dem Erben erleiden muß. Weiter müßte man, auch wenn es sich um eine Bevorzugung eines gesetzlichen Erben vor anderen gleich nahen Erben handelt, auch den auf den Pflichtteil Gesetzten einen Anteil am Nachlaß und nicht nur eine Geldforderung gegen den Erben zubilligen. Hier, wie überall, müßte das Erbrecht wieder die gebührende Rücksicht auf überkommene, für die Familie besonders wertvolle, Vermögensstücke nehmen.

Gierke stellt, wie wir gesehen haben, in seiner Kritik die Erwägung an, ob nicht der unbedingten Unterhaltspflicht, die den Geschwistern vom Entwurf auferlegt werde, auch ein Pflichtteilsrecht entsprechen müßte. Übereinstimmend mit dieser Auffassung wäre künftig ein Pflichtteilsrecht für die Geschwister zu befürworten, wenn die Unterhaltspflicht auf sie erstreckt werden würde[97]). Auch den Großeltern müßte man m. E., wenn man ihnen die Unterhaltspflicht auferlegen sollte, künftig das Recht auf den Pflichtteil in Übereinstimmung mit Gierkes Forderung gewähren.

Gibt man dem auf den Pflichtteil gesetzten Erben einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, so ist in Zukunft für eine Auslegungsregel dahingehend, daß die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen ist, kein Raum mehr. Entsprechend der Grundauffassung des künftigen Erbrechts und in Übereinstimmung mit Gierkes Auffassung müßte vielmehr die entgegengesetzte Auslegungsregel aufgenommen werden.

Der Auffassung Gierkes müßte man ferner insoweit folgen, als sich danach die Berechnung des Pflichtteils nicht nach der möglichen, sondern nach der wirklichen Erbfolge richten soll. Wir haben oben gesehen, daß das BGB. der Forderung Gierkes nur zum Teil nachgekommen ist und immer noch diejenigen mitzählt, die durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind, die die Erbschaft ausgeschlagen haben und die für erbunwürdig erklärt sind. Zum Zwecke einer weiteren Einengung der Testierfreiheit dürften m. E. in Zukunft alle diese Personen bei der Berechnung des Pflichtteils nicht mehr mitgezählt werden.

Gewährt man dem Pflichtteilsberechtigten künftig einen Anteil an den einzelnen zum Nachlaß gehörenden Gegenständen, so erübrigt sich die Gewährung eines Sicherungsanspruches gegenüber dem Erben. Auch Gierke will, wie wir wissen, dem auf den Pflichtteil Gesetzten einen solchen nur dann zugestehen, wenn er nicht Erbe wird. In dem Falle aber, in dem künftig der auf den Pflichtteil Gesetzte nur einen Geldanspruch erhalten soll, könnte ihm übereinstimmend hiermit ein Sicherungsanspruch eingeräumt werden.

Während Gierke nur in zwei Fällen die Pflichtteilsentziehungsgründe nicht nach dem Verhalten des Erben zum Erblasser bestimmt

97) Freilich wird man die Unterhaltpflicht gegenüber Geschwistern nicht ausnahmslos anordnen dürfen. Denn es würde unserem Rechtsgefühl widersprechen, „wenn jeder verkommene Bruder zeitlebens an seinen durch eigene Kraft und Tüchtigkeit emporgekommenen Geschwistern hängen und die Folgen seiner Liederlichkeit, Faulheit oder Schwäche auf deren Schultern abwälzen könnte“ (Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 c, 14 S. 129). Daneben wird man wohl den Geschwistern nur dann ein Pflichtteilsrecht gewähren, wenn Abkömmlinge, Eltern und Ehegatte nicht vorhanden sind und wenn für den überlebenden Bruder oder die überlebende Schwester eine „Unterhaltsnotlage“ besteht; vgl. Staudinger-Böhmer, Viertes Kapitel, § 24 III 1 c, 14 S. 129.

wissen will, und das BGB. nur hinsichtlich des ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels seiner Forderung stattgegeben hat, wird das künftige Erbrecht die Gründe, aus denen der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen kann, über Gierkes Forderung hinaus objektiv bestimmen müssen. Den Erblasser in erster Linie zur Pflichtteilsentziehung befähigen müßten dabei grobe Verstöße gegen den Familiengedanken[98]).

Wird dem überlebenden Ehegatten in dem oben bezeichneten Umfange bereits von Gesetzes wegen der Nießbrauch an den Erbteilen der Kinder des Erblassers gewährt, so ist einem Abkömmlinge die Möglichkeit genommen, durch Erhebung seines Pflichtteilsanspruches ein derartiges Verhältnis umzustoßen. Es bedarf in Zukunft also keiner besonderen Bestimmung, durch die den Kindern in diesem Falle das Recht, ihren Pflichtteil zu verlangen, entzogen wird. Für den ersten Entwurf mußte Gierke, wie wir wissen, noch eine solche zwecks Sicherung der Beständigkeit eines derartigen Verhältnisses fordern. Zu überlegen wäre aber, ob der Gesetzgeber, der Forderung Gierkes nachkommend, nicht eine derartige Vorschrift aufnehmen müßte für den Fall, daß der Erblasser den überlebenden Ehegatten zum Vorerben und die Kinder zu Nacherben eingesetzt hat. Nach dem BGB. § 2306 kann der Pflichtteilsberechtigte, wenn er als Nacherbe eingesetzt ist und der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt, die Erbschaft ausschlagen und seinen Pflichtteil verlangen; ist der hinterlassene Erbteil dagegen kleiner als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so fällt der Vorerbe sofort weg und der Fall der Nacherbfolge tritt sogleich ein. Soweit der Erblasser den überlebenden Ehegatten zum Vorerben eingesetzt hat, sprechen gegen eine derartige Regelung gewichtige Bedenken. Sie werden deutlich, wenn man die Vorzüge der entgegengesetzten Regelung klarstellt. Würde man, entsprechend der Forderung Gierkes, den Kindern die Erhebung des Pflichtteilsanspruches untersagen, so würde man auch hier der organischen Einheit der Familie Rechnung tragen, auch hier die Familienmitglieder zur Familiengemeinschaft und damit zur Volksgemeinschaft im Familienkreis erziehen.

Nimmt man dem Erblasser künftig die Möglichkeit, seinen letzten Willen heimlich niederzulegen, gibt man ferner dem Richter oder Notar die Befugnis, den Erblasser bei der Errichtung seiner Verfügung zu beraten, ja zu führen, so werden in Zukunft Belastungen oder Beschwerungen, durch die der als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte genötigt werden könnte, die Erbschaft auszuschlagen, nur um seinen Pflichtteil zu retten, kaum noch vorkommen. Hinzukommt, daß derartige Anordnungen gegen unser heutiges Rechts-

98) Lange, Jahrb. d. Akad. f. D. R., 1935 S. 20.

und Sittlichkeitsempfinden verstoßen und daher nach den hier gemachten Vorschlägen, wenn nicht gar nichtig, so doch künftig anfechtbar sein würden. Stehen die Anordnungen des Erblassers aber mit unserem heutigen Rechtsempfinden im Einklang, so dürfte m. E. dem Pflichtteilsberechtigten nicht ohne weiteres die Möglichkeit gegeben werden, die Erbschaft auszuschlagen. Um solche Verfügungen wird es sich z. B. dann handeln, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschwert ist. Erübrigen würde sich daher im künftigen Erbrecht eine dem § 2306 Abs. 1 entsprechende, auch nach Gierkes Ansicht, wenn auch aus anderen Gründen, den tatsächlichen Lebensverhältnissen zum Teil nicht gerecht werdende Bestimmung.

Ferner fordert die Verwirklichung des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens in der künftigen Erbrechtsordnung hinsichtlich des Schutzes des Erben eine von der Anordnung des BGB. abweichende Regelung. Nimmt das künftige Erbrecht dem Erblasser die Möglichkeit, schrankenlos und ungehindert über sein Vermögen zu testieren, so darf dem Einzelnen auch im Recht unter Lebenden nicht mehr die Möglichkeit zur Verfügung stehen, durch unbegrenzte Schenkungen sein Vermögen in fremde Hände gelangen zu lassen, um dadurch seine Erben zu benachteiligen. Aufnahme finden müßte vielmehr eine Bestimmung, durch die, der Forderung Gierkes entsprechend, der Schenkfreiheit Grenzen gezogen, die übermäßigen Schenkungen für nichtig oder doch zu mindestens für umgestaltbar erklärt werden, und die dem Beschenkten gegenüber dem Schenker eine Unterhaltspflicht auferlegt. Zu erwägen wäre auch hier, ob nicht die Zulässigkeit des Schenkungswiderrufs von einem objektiven Maßstab abhängig zu machen wäre. Nimmt man derartige Bestimmungen auf, so erübrigt sich nicht nur die Gewährung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs, sondern der Schutz des Pflichtteilsberechtigten würde künftig auch ein weit angemessenerer sein als nach dem BGB.

Schluß.

§ 28.

Unsere Darstellung zeigt, daß zwischen Gierkes Forderungen und den Anforderungen, die der Nationalsozialismus an die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge stellt, eine Übereinstimmung in vieler Hinsicht vorhanden ist. Gierke ist somit einer der wenigen großen Juristen des 19. Jahrhunderts, die wir heute im Zeichen der nationalsozialistischen Rechtserneuerung anerkennen können. Forderungen, wie er sie in seiner Kritik des Entwurfs aufgestellt hat, lassen sich für unsere Erbrechtserneuerung zum großen Teil verwerten. Ja es erweckt oft den Anschein, als ob seine Ausführungen für unsere Zeit niedergeschrieben wären[99]). Seine Einstellung gegenüber dem römischen Recht, seine Forderung, daß unser Recht deutsch, nicht römisch sein darf[100]), stimmt mit der des Nationalsozialismus voll und ganz überein[101]). Der Zauber, den der Geist des römischen Rechts noch fast ausnahmslos auf die Juristen seiner Zeit ausgeübt hat, hat auf Gierke keinen Einfluß zu erlangen vermocht. Im Gegenteil. Gierke war und blieb sein Leben lang „der große Germanist, der Vorkämpfer für eine deutschrechtliche Rechtsgestaltung", der Jurist, der „sich immer wieder gegen diejenigen verteidigen mußte"[102]), die, beeinflußt vom römischen Recht, immer nur die Einzelperson, nicht aber die Gemeinschaft zu sehen vermochten. Vergleicht man sein Werk etwa mit dem Windscheids, des bedeutendsten Romanisten jener Zeit, so läßt sich am deutlichsten ermessen, wie weit Gierke seiner Zeit vorausgeeilt ist. Während nach Windscheids Ansicht die Aufgabe nicht darin besteht, das römische Recht „wegzuwerfen und auszuweisen", sondern vielmehr umgekehrt darin, „es geistig in uns aufzunehmen und durch innerliche Verarbeitung unter Ausstoßung des Widerstrebenden und nicht Assimilierbaren aus einem fremden Rechte zu unserem eigenen zu machen"[103]), ist es Gierkes und unser heutiges Bestreben, ein deutsches, ein nationales Recht zu schaffen.

99) Siehe hierzu auch zwecks Vergleichung mit den Ausführungen Langes oben auf S. 67 das Zitat bei Hübner a. a. O., S. 737: „Unsere gesetzliche Erbfolge ist keine Intestaterbfolge und darf nicht auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers gegründet werden".

100) Vgl. hierfür auch seine Schrift „Das BGB. und der deutsche Reichstag" S. 43.

101) Ausgangspunkt für die nationalsozialistische Rechtserneuerung ist Punkt 19 des Parteiprogramms: „Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht".

102) Höhn a. a. O., S. 6.

103) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 61. — Lehrreich ist ferner die Bemerkung bei Windscheid-Kipp: „Insbesondere ist für die Opposition Gierkes gegen den Entwurf sein angeblich zu romanistischer Charakter ein Hauptgrund", (S. 20 Anm. 5 a. E.). Danach hätte also der Entwurf noch romanistischer sein können.

Voll Achtung stehen wir vor Gierkes Werk, das man nicht zu Unrecht verglichen hat mit Savignys berühmter Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft". Daß Gierke in seiner Abhandlung sich nicht mit der Verneinung begnügt, sondern mit ihr stärkste Bejahung verknüpft, hebt seine Leistung über die Savignys noch hinaus. Gierke vor allem haben wir es zu verdanken, daß das deutsche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch einen im Verhältnis zum ersten Entwurf immerhin nicht ganz unbeträchtlichen Anteil erhalten hat. Ihm danken wir weiter die Klarstellung und Wiedererweckung so manchen deutschen Rechtsgedankens, auf dem die nationalsozialistische Rechtserneuerung ihr volksverbundenes Recht aufbauen kann und wird.

Das kann aber nicht heißen, daß, wo immer auch etwas an unserem Erbrecht geändert werden muß, diese Änderung lediglich im Sinne der Forderungen Gierkes auszufallen hätte. Denn auch Gierke war, wie es nicht anders sein kann, ein Kind seiner Zeit, und seine Forderungen und Ansichten tragen in manchem den Stempel jener Zeit an sich. Hier ist es Pflicht und Aufgabe des nationalsozialistischen Gesetzgebers, über sein Werk hinauszuschreiten. Dabei sind es vor allem der völlige Bruch mit dem individualistischen Rechtssystem und die Zugrundelegung des Rassegedankens, die uns von seiner Welt scheiden, die uns heute das Ziel des Erbrechts als ein anderes erscheinen lassen. Welches aber das Ziel des künftigen Erbrechts sein wird, läßt sich zusammenfassend nicht besser sagen als mit den Worten des Entwurfs eines Vorspruchs zum Erbrecht, der dem Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht vorgeschlagen worden ist:

„Der einzelne Volksgenosse ist Glied von Volk, Sippe und Familie, ist ihnen durch Rasse, Blut und Treue verbunden, verdankt ihnen Leben, Gaben, Wirken und Schutz, ist Mittler zwischen Vorfahren und Nachfahren, Verwalter des Erbgutes an Blut, Ehre und Habe. Ziel des Erbrechts ist darum, überkommenes wie gewonnenes Gut des Erblassers weiterzuleiten und über seinen Tod hinaus wirken zu lassen zum Wohle von Familie, Sippe und Volk"[104]).

104) Lange, D.R., 1936 S. 230.

Schrifttum.

André e, Die rechtliche Natur der Testamentsvollstreckung und insbesondere das Recht des Testamentsvollstreckers auf Besitz und Verwaltung nach gemeinem und neuen bürgerlichen Recht. Inaug.-Dissert. Freiburg 1900.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 13. Aufl., Berlin 1930.

Antweiler, Erbschaftssteuer und soziale Reform, Kritische Betrachtungen anläßlich des Rignano-Plans, Inaug.-Dissert. Köln 1933.

Bamberger, Vom Recht der lachenden Erben, Deutsche Juristen-Zeitung, 1907 S. 632 ff.

Bechert, Der Gesetzentwurf über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder und seine Beurteilung, Deutsches Recht, 1935 S. 97 ff.

Bechert-Cornelius, Gesetzentwurf über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, Deutsches Recht, 1934 S. 422.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, 1901.

Bode, Rechtserneuerung im Erbrecht, Deutsche Justiz, 1935 S. 1408 ff.

Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Hannover 1900.

Böhmer, Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.

— Anregungen zur Änderung der gesetzlichen Erbfolgeordnung, in der Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät Marburg zum 70. Geburtstag von Erich Jung, Marburg 1937.

— Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, Bemerkungen zu der neuen Rechtsprechung, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938 S. 264 ff.

— Zur erbrechtlichen Stellung des unehelichen Kindes, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1937 S. 80 ff.

Bosch, Gedanken zur Rechtserneuerung im Erbrecht, Deutsche Justiz, 1935 S. 782 ff.

Deutsche Justiz 1935, 1936.

Doerner, Das Recht der unehelichen Kinder, Berlin 1935.

Dölle, Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc., 57. Jahrgang (1933) II. Halbbd. S. 649 ff.

— Die Neugestaltung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bemerkungen zur Heidelberger Rede des Staatssekretärs Professor Dr. Schlegelberger, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937 S. 359 ff.

Ebbecke, Berufung als Nacherbe, Recht, 18. Jahrgang (1914) S. 181 ff.

Eichler, Vom alten zum neuen Erbrecht, Deutsches Recht, 1936 S. 275 ff.

Eisser, Rasse und Familie (in der Sammlung: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart), Tübingen 1935.

Endemann, Erbrecht, Bd. V der Grundrisse der Rechtswissenschaft, herausg. von Fehr, Gerland usw., Berlin und Leipzig 1923.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 13. Bearbeitung von Nipperdey, Marburg 1931; Bd. 5, 8. Bearbeitung von Kipp, Marburg. 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 48, 51, 52, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 68, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 88, 93, 98, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 115, 116, 128, 136.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. Bd. 3, 4, 7, 10.

Felgenträger, Die Familie und ihr Vermögensrecht, Deutsches Recht, 1935 S. 88 f.
— Zur Erneuerung des Ehegüterrechts, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1937 S. 71 ff.
Fischer, Familie und Erbe, Berlin, 1936.
Flad, Vorerbe und Nacherbe, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936 S. 419 ff.
Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935.
Gerl, Grundsätzliche Erwägungen zur Neugestaltung des Rechtes der unehelichen Kinder, Deutsche Justiz, 1936 S. 967 ff.
Gfrörer, Das Recht der Familie im Dritten Reich, Deutsches Recht, 1934 S. 151 ff.
Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Veränderte und vermehrte Ausgabe der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc. erschienenen Abhandlung. Leipzig 1889.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag, 2. Aufl., 1896.
— Die Stellung des künftigen Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung etc., 12. Jahrgang S. 417 ff.
— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, 2. Aufl., 1902.
Gottbehüt, Die erbrechtliche Auflage. Inaug.-Dissert. Jena 1903.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 51.
Hermes, Der Gesetzentwurf über das Erbrecht des Staates, 1913.
Hippel v., Formalismus und Rechtsdogmatik, dargestellt am eigenhändigen Testament, Hamburg 1935.
Höhn, Otto von Gierke (in der Schriftenreihe: Volk und Recht), Berlin 1936.
Höver, Unzuträglichkeiten im geltenden Erbrecht und Nachlaßverfahren, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935 S. 226 ff.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., Leipzig 1930.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 24, 26, 29, 31, 37, 39, 40, 42, 44, 47, 49, 51, 52.
Jeske, Die Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. Inaug.-Dissert. Greifswald 1901.
Josef, Letztwillige Zuwendungen an Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 20 S. 229 ff.
Juristische Rundschau. Jahrgang. 1927.
Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1911, 1920, 1921, 1925, 1929, 1935.
Kretzschmar, Testamentsvollstrecker, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, 9. Jahrgang S. 588 ff.
Kübler, Erbrechtliche Betrachtungen, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1936 S. 89 ff.
Lange, Gemeinschaftsgebundenes Erbrecht, Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht, 1935 S. 6 ff.
— Grundfragen der Erneuerung des Erbrechts, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935 S. 357 f.
— Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht (in der Sammlung: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart) Tübingen 1933.
— Rasse und Erbe, Deutsches Recht, 1936 S. 230.
— Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
— Zur Vergangenheit und Zukunft der Formen im Vermögensrecht, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1934 S. 891 ff.
— Zur Frage des handgeschriebenen Testaments, Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1936 S. 129 f.
— Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, vorgelegt von dessen Vorsitzenden, Tübingen 1937.

Lehnsen, Was ist am Bürgerlichen Gesetzbuch deutschen Ursprungs? Berlin 1933.
Marcus, Der Entwurf eines Gesetzes über das Erbrecht des Staates, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, 1909 S. 341 ff.
Matzner, Gedanken zur Abänderung des Erbrechts, Deutsches Recht, 1933 S. 139 ff.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Leipzig 1900.
Merk, Die Neugestaltung unseres bürgerlichen Rechts, Geistige Arbeit, 1934 Nr. 9 S. 1 ff.
Möhle, Zur Reform des Erbrechts, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1935 S. 277 ff.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. V, Berlin und Leipzig 1888.
Palandt, Das deutsche Erbrecht und seine Entwicklungstendenzen, Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1935 S. 35 ff., S. 49 ff.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, V. Bd., Erbrecht, 4. Aufl., Berlin 1930.
Protokolle der Komission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899.
Pütz, Zur Reform des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, Zeitschrift für das Notariat, 1928 S. 188 ff.
Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, 2. Bd., 1894, 1896.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. 2, 8, 16, 18, 21, 30, 39, 40.
Reichsarbeitsblatt, amtlicher Teil, 1925 (Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt, S. 459 ff.).
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. V, Erbrecht, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1935.
Reichsteuerblatt, 1936.
Riemann, Schluß mit der endlosen Erbfolge, Deutsche Juristen-Zeitung, 1932 S. 1410.
Rosenberg, Der Mythus des 20. Jahrhunderts, 23.—24. Aufl., München 1934.
Schlegelberger, Abschied von BGB., Vortrag, gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937, Berlin 1937.
Schmidt, Die Stellung der unehelichen Kinder und der Gesetzentwurf vom 22. Mai 1925, Archiv für die zivilistische Praxis, N.F. Bd. 7 S. 210 ff.
Schmitz, Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit (Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, N.F. Heft 24), Berlin 1936.
Schröder, Zum 1. Januar 1900, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung, Bd. 21 S. V ff.
Schultz, Die Reform des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Deutsche Juristen-Zeitung, 1928 S. 47 ff.
Schumacher, Die rechtliche Natur der Anwartschaft des Nacherben. Inaug.-Dissert. Leipzig 1935.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 78.
Singer, Abschaffung des eigenhändigen Testaments, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1934 S. 482 ff.
Sohm, Über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, ein Vortrag, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 39 S. 733 ff.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, erläutert von Kober und Nipperdey, 9. Aufl., München 1928; Teil V, Erbrecht, erläutert von Herzfelder, 9. Aufl., München 1928; Bd. V, Lieferung 1 der 10. Aufl., erläutert von Böhmer, München, Berlin und Leipzig 1937.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Berlin 1901.

Stutz, Zur Erinnerung an Otto von Gierke, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 43 (germanistische Abteilung) S. 1 ff.

Süß, Die Ehefrau im Erbrecht, Deutsches Recht, 1936 S. 286 f.

Tuhr v., Zur Lehre vom Pflichtteil nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Deutsche Juristen-Zeitung, 1901 S. 121 ff.

Usadel, Zucht und Ordnung, Hamburg 1935.

Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages, Bd. 3.

Vleugels, Zur Reform des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, Zeitschrift für das Notariat, 1928 S. 183 ff.

Vogels, Die Rechtserneuerung im Erbrecht, Deutsches Recht, 1936 S. 274 f.

— Inwieweit sind die Testamentsformen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erneuerungsbedürftig? Zeitschrift der Akademie für Deutches Recht, 1935 S. 635 ff.

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Jahrgang 1913, 1914.

Wieacker, Familiengut und Erbengemeinschaft, Deutsches Recht, 1936, S. 275 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., Frankfurt 1906.

Zarncke, Die pflichtwidrigen Schenkungen nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Dissert. Rostock 1900.

Lebenslauf.

Ich, Bruno Spiller, bin am 16. Mai 1909 als Sohn des Gestütwärters Karl Spiller in Primkenau/Schles. geboren.

Nach vorherigem Besuch der Volksschule trat ich im Herbst 1922 in die Quinta des Realgymnasiums (Laubeschule) in Sprottau ein, das ich Ostern 1930 mit dem Reifezeugnis verließ.

Mein juristisches Studium begann ich im Sommersemester 1930 an der Universität Breslau und setzte es im Wintersemester 1930/31 an der Universität Berlin fort. Im Sommersemester 1931 ließ ich mich wieder an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau immatrikulieren und belegte hier bis einschließlich Wintersemester 1933/34 Vorlesungen.

Am 13. März 1935 legte ich vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab.